

Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?

*Mr. F.M.J. den Houdijker**

1	Inleiding	11
2	De handhaving van het bestuursrecht en de rol van het bestuur	15
2.1	De opkomst van bestuurlijke (punitieve) sancties	15
2.1.1	Van het primaat van de strafrechtelijke handhaving...	15
2.1.2	...naar de bestrijding van het handhavingstekort	17
2.2	Recente ontwikkelingen inzake de bestuurlijke punitieve sanctie	19
2.2.1	De bestuurlijke boete in de vierde tranche Awb	19
2.2.2	Andere ontwikkelingen op het terrein van het bestuurlijke sanctierecht	20
2.3	Een samenspel van strafrechtelijke en bestuurlijke handhaving	22
2.4	Privaatrechtelijke handhaving van bestuursrechtelijke normen	23
3	De bestuurlijke punitieve sanctie nader bezien	25
3.1	Bestuurlijke sancties en hun punitieve karakter	25
3.1.1	Een voorstel: punitief is <i>criminal charge</i>	27
3.2	Normering en rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties	29
3.2.1	Bestuurlijke punitieve sancties en de waarborgen uit artikel 6 EVRM	30
3.2.2	De evenredigheidstoets bij bestuurlijke punitieve sancties	32
3.2.3	Extra eisen aan de feitenvaststelling en de bewijsvoering	34
3.3	Résumé	34
4	De rechtsbescherming bij bestuurlijke (punitieve) sancties kritisch beschouwd	37
4.1	De 'lichte' punitieve bestuurlijke sanctie: een overdaad aan rechtsbescherming?	37
4.2	De 'zware' reparatoire bestuurlijke sanctie: ondergeschoven kind van de rechtsbescherming?	41
4.3	Enkele korte (slot)opmerkingen over de uitwerking van beide voorstellen	43

* Marina den Houdijker is als onderwijs- en onderzoeksmedewerkster verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Zij dankt haar collega's aldaar – in het bijzonder Tom Barkhuysen en Michiel van Emmerik – hartelijk voor hun hulp bij de totstandkoming van dit preadvies. De tekst van dit preadvies is afgesloten op 31 oktober 2005.

5	Conclusie	47
	Stellingen	49
	Lijst van verkort aangehaalde literatuur	51

1 Inleiding

De notie dat het bestuur sancties kan opleggen, althans in de mate waarin en de wijze waarop dat nu mogelijk is, is niet altijd gemeengoed geweest. Lange tijd geschiedde de handhaving van het bestuursrecht grotendeels via strafrechtelijke middelen¹ en dus via de strafrechter. Ook in een tweetal preadviezen voor de Vereniging voor (dan nog) Administratief Recht uit 1957 en 1971 wordt deze ‘overheersing’ van het gebruik van het strafrecht bij de handhaving van het bestuursrecht gesignaleerd.² Eén van de preadviseurs voert ter verklaring van het nauwelijks toepassen van de wel aanwezige bestuurlijke handhavingsmiddelen, de relatief late ontwikkeling van het bestuursrecht aan. Als gevolg hiervan had dit rechtsgebied nog geen tijd gehad een ‘systematisch en doordacht stelsel van sancties op te trekken.’ Bij de keuze tussen een ongeordend en onvolledig stelsel van bestuurlijke sancties en een veel beter georganiseerd strafrechtelijk systeem lag het gebruik van strafrechtelijke sancties voor de hand.³

Inmiddels is gebleken dat de praktijk van de overwegend strafrechtelijke handhaving van het bestuursrecht niet langer een feit is. Vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw is alsnog een vollediger stelsel van bestuurlijke handhavingsmiddelen opgetrokken. Dit stelsel is dermate ver uitgebouwd dat het bestuur tegenwoordig zelf, door middel van het opleggen van wat in dit preadvies *bestuurlijke punitieve sancties* worden genoemd,⁴ ‘in eerste instantie’ bestraffend kan optreden. Dit betekent overigens niet dat het strafrecht geheel uit beeld is verdwenen. Niet op alle terreinen van het bestuursrecht is gekozen voor het volledig aan de kant zetten van de strafrechtelijke handhaving.⁵ De bijzondere wetgever hanteert inmiddels een toetsingskader met criteria die een rol zouden moeten spelen bij het maken van de keuze tussen bestuurlijke of strafrechtelijke handhaving.⁶ De vraag naar de verhouding tussen het bestuursrecht en

1. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 6 en 73.

2. Belinfante 1957, p. 9 en Van Angeren 1971, p. 26 en p. 31-32.

3. Belinfante 1957, p. 10. Wat niet wegneemt dat ook toen al gesproken werd over het naar elkaar toe groeien van het strafrecht en het administratieve recht: T.K. Bos, *De bestuurlijke boete, raakvlakken van bestuurs- en strafrecht*, in: *Handhaving van het bestuursrecht* (Geschriften VAR nr. 114), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1995, p. 119-188, i.h.b. p. 121.

4. Ik ben bekend met de weerstand die bij enkele auteurs leeft tegen het gebruik van het woord ‘punitief’ in plaats van ‘bestraffend’ (zie bijv. N. Verheij, *Tussen toen en nu. Het relevante tijdstip voor besluitvorming in bezwaar en toetsing in beroep*, JBplus 2003, p. 30 en Hartmann & Rogier 2004, p. 1880). Ik houd mij aan de term bestuurlijke punitieve sancties, zoals deze door het bestuur van de VAR is aangereikt, maar kan me de voorkeur voor het gebruik van het woord ‘bestraffend’ indenken.

5. Zo kan bij de handhaving van financiële wetgeving een keuze worden gemaakt tussen handhaving langs bestuurlijke of strafrechtelijke weg: Hartmann 2004. Het milieurecht kent zelfs drie handhavingstrajecten, het bestuursrecht, het strafrecht en het privaatrecht: A.B. Blomberg, *Handhaving in drievoud*, M&R 1997, p. 98-104.

6. Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 118-119. Vgl. Kamerstukken II 2004/05, 30 098, nr. 3, p. 2.

het strafrecht bij de sanctionering van overtredingen van bestuursrechtelijke normen blijft daarom relevant. Toch zal onderhavig preadvies hierop slechts zijdelings ingaan. Een bestuur dat zonder voorafgaande goedkeuring van de rechter punitieve sancties kan opleggen, roept mijns inziens dringender vragen op, want hoe wordt het opleggen van bestuurlijke punitieve sancties genormeerd? En welke rechtsbescherming wordt er geboden aan diegenen die dergelijke sancties krijgen opgelegd?

Voorgaande vragen zijn in de loop der tijd veelvuldig in de literatuur aan de orde geweest.⁷ Met de komst van het wetsvoorstel inzake de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) heeft ook de wetgever zich hieromtrent – in ieder geval ten aanzien van de bestuurlijke boete – in meer algemene zin uitgesproken.⁸ Dit preadvies zal echter niet uitvoerig bij alle facetten van de huidige normering en rechtsbescherming terzake van bestuurlijke punitieve sancties stilstaan. Het nu geldende regime zal aan de hand van een tweetal vragen aan een kritische toets worden onderworpen. Alvorens deze vragen te introduceren, dient echter eerst een opmerking van terminologische aard te worden geplaatst.

Onderhavig preadvies handelt over de bestuurlijke punitieve sanctie. De vraag wat een dergelijke sanctie precies is, wordt in de literatuur merkwaardigerwijs niet vaak gesteld. Wel worden stevast de *gevolgen* van met name de kwalificatie ‘punitief’ genoemd.⁹ Het opleggen van een bestuurlijke punitieve sanctie wordt vaak aangemerkt als een *criminal charge* in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Daarnaast wordt algemeen aangenomen, dat een punitieve sanctie noopt tot een zogeheten ‘volle’ rechterlijke toets inzake de evenredigheid tussen de zwaarte van de opgelegde sanctie en de ernst van de begane overtreding. Ook deze evenredigheidstoets kan uit artikel 6 EVRM worden afgeleid.¹⁰ Tot slot wordt door de Nederlandse bestuursrechter een strengere toets uitgevoerd ten aanzien van de feitenvaststelling en de bewijsvoering wanneer een punitieve in plaats van reparatoire bestuurlijke sanctie wordt opgelegd. Ook hierbij lijkt artikel 6 EVRM een rol te spelen.

Hoewel er zo gezien een nauwe verbondenheid bestaat tussen het begrip punitief en het *criminal charge*-begrip uit artikel 6 EVRM – en de begrippen wellicht door sommigen al als synoniemen zullen worden beschouwd – bestaat er strikt genomen geen één-op-één-relatie tussen beide begrippen. De vraag of sprake is van een punitieve bestuur-

7. Een groot deel van deze literatuur komt in het vervolg van dit preadvies aan de orde, zodat een verwijzing daarnaar op deze plaats achterwege kan blijven.

8. Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht): Kamerstukken II 2003/04, 29 702.

9. Zie voor het hiernavolgende bijvoorbeeld Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 437-444; Van de Griend 2003, p. 13 en p. 21-28; Albers 2001, p. 1157-1158 en Nicolai e.a. (red.), Bestuursrecht, Amsterdam: Factotum 1997, p. 538-540.

10. EHRM 23 juni 1981, zaaknr. 6878/75 en 7238/75, NJ 1982, 602 (Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België) en EHRM 10 februari 1982, zaaknr. 7299/75 en 7496/76, NJ 1987, 315 (Albert en Le Compte t. België). Zie ook Barkhuysen, Van Emmerik & Loof 2000, p. 389. De Nederlandse bestuursrechter baseert zich in zijn rechtspraak voor een volle evenredigheidstoets ten aanzien van de hoogte van bestuurlijke punitieve sancties overigens lang niet altijd uitdrukkelijk op art. 6 EVRM. Zie hieromtrent nader par. 3.2.2 van dit preadvies.

lijke sanctie en de vraag of sprake is van een *criminal charge* wordt door verschillende rechters aan de hand van verschillende criteria beantwoord. De kwalificatie punitief blijft daarbij voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM of Hof) een etiket naar nationaal recht waaraan het zich bij het beantwoorden van de vraag of met het opleggen van een bestuurlijke sanctie sprake is van een *criminal charge*, niet gebonden acht.¹¹ Anderzijds heeft de nationale rechter een eigen rol bij het bieden van bescherming ten aanzien van de in het EVRM neergelegde rechten en vrijheden. Artikel 53 EVRM laat de verdragsstaten de vrijheid een ruimere uitleg aan het EVRM te geven en geeft daarmee aan dat het EVRM zelf een minimumwaarborg biedt.¹² Volgens de Hoge Raad kan de rechter echter op basis van een eigen ruimere uitleg van het EVRM geen wet in formele zin buiten toepassing laten.¹³ Binnen deze kaders zou de nationale rechter dus kunnen bepalen dat ten aanzien van bestuurlijke sancties die door het EHRM niet als *criminal charge* worden aangemerkt wel een aan artikel 6 EVRM vergelijkbaar niveau van rechtsbescherming dient te worden geboden. Dit zou overigens ook los van artikel 6 EVRM aan de hand van een nationaal rechtsbeginsel kunnen gebeuren.

De vraag of de begrippen punitief en *criminal charge* op één lijn zouden moeten worden gesteld, is mijns inziens – juist gezien de nauwe verbondenheid tussen beide begrippen – wel een te rechtvaardigen vraag. Mijn voorstel is om de vraag naar het punitieve karakter van een bestuurlijke sanctie samen te laten vallen met de vraag of het opleggen van de sanctie een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM vormt. Ik kom hier in hoofdstuk 3 van dit preadvies – bij de bespreking van ‘de’ bestuurlijke punitieve sanctie – op terug. Het weergeven van het voorstel tot gelijkstelling in deze inleiding is van belang, nu de in dit preadvies centraal staande vragen zullen worden gezien vanuit de situatie waarin de begrippen punitief en *criminal charge* als gelijkkluidend worden aangemerkt.

Bij de kritische toets van de huidige geboden rechtsbescherming ten aanzien van bestuurlijke punitieve sancties, zal ik mij ten eerste de vraag stellen of de rechtsbescherming ten aanzien van sommige van dergelijke sancties niet te ver is doorgeschoten. In navolging van eerder gedane voorstellen in de literatuur, zal ik nagaan of de bescherming die voortvloeit uit artikel 6 EVRM ten aanzien van ‘lichte’ bestuurlijke punitieve sancties – ik denk bijvoorbeeld aan bestuurlijke boetes van gemiddeld € 40 uit het wetsvoorstel bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte¹⁴ – (ten dele) gemist zou kunnen worden.

Daarna volgt de vraag of enkele sancties die nu (nog) niet worden aangemerkt als punitieve sancties (en waarvan het opleggen dus ook niet wordt aangemerkt als *crimi-*

11. EHRM 21 februari 1984, zaaknr. 8544/79, NJ 1988, 937 m.nt. Alkema; AA 1985, p. 145-154 m.nt. Swart (Öztürk t. Duitsland), par. 52 en EHRM 28 oktober 1999, zaaknr. 26780/95, NJ 2001, 593 m.nt. Alkema; NJCM-Bulletin 2000, p. 968-976 m.nt. Viering, par. 35 (Escoubet t. België).

12. Barkhuysen 2004, p. 47-48.

13. HR 10 augustus 2001, NJ 2002, 278 m.nt. De Boer.

14. Wijziging van de Gemeentewet in verband met de invoering van de bestuurlijke boete voor overtreding van een aantal voorschriften bepaald bij gemeentelijke verordening betreffende overlast in de openbare ruimte (Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte), Kamerstukken II 2004/05, 30 101. Zie par. 2.2.2 van dit preadvies.

nal charge), dit predikaat wel zouden verdienen, of dat er met betrekking tot deze sancties in ieder geval een recht bestaat op een vergelijkbaar niveau van rechtsbescherming. Is het om een veelvoorkomend voorbeeld te noemen – gelet op de aan de orde zijnde belangen – aanvaardbaar dat de ongewenstverklaring van vreemdelingen een *criminal* karakter, dan wel vergelijkbare rechtsbescherming, wordt ontzegd en in plaats daarvan wordt aangemerkt als een reparatoir middel om ‘bepaalde vreemdelingen, aan wie het niet of niet langer is toegestaan in Nederland te verblijven, uit ons land te weren’?¹⁵ Meer in het algemeen kan de vraag worden gesteld of daar waar het opleggen van sancties niet als een *criminal charge* wordt aangemerkt, maar de belangen toch dermate groot zijn, het niet rechtvaardiger is om ten aanzien van die sancties verdergaande, aan artikel 6 EVRM ontleende, rechtsbescherming te bieden dan nu het geval is.¹⁶

Om voormelde vragen te kunnen beantwoorden is het noodzakelijk eerst preciezer uiteen te zetten wat in de praktijk onder een bestuurlijke punitieve sanctie wordt verstaan. Dit zal gebeuren in hoofdstuk 3. Daarbij zal tevens nader worden ingegaan op het in dit preadvies gelegde directe verband tussen de begrippen punitief en *criminal charge*. In hoofdstuk 4 zullen beide zojuist gestelde vragen aan de orde komen. Dit preadvies zal worden afgesloten met een conclusie in hoofdstuk 5 en een vijftal stellingen.

Ter inleiding tot het verschijnsel van de bestuurlijke punitieve sanctie, zal in hoofdstuk 2 eerst van start worden gegaan met een beschrijving van de historie en opkomst van deze vorm van bestuurlijke handhaving. Er zal een duidelijke verschuiving waar te nemen zijn in de handhaving van het bestuursrecht: van overwegend strafrechtelijke handhaving naar meer en meer bestuurlijke handhaving. Het hiernavolgende hoofdstuk is daarmee de aangewezen plaats om ook (kort) aandacht te besteden aan de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht ten aanzien van de handhaving van dat laatste rechtsgebied. Tot slot zal ook aandacht worden besteed aan een eveneens belangwekkende ontwikkeling ten aanzien van de handhaving van het bestuursrecht, namelijk de inzet van het privaatrecht.

Het aspect van de privaatrechtelijke handhaving zal meer uitgebreid aan de orde komen in het preadvies van Sabine Gabriël. Zij zal zich met name richten op de cumulatie van privaatrechtelijke en bestuurlijke punitieve sancties. Jacques Sluysmans zal in zijn preadvies aan de hand van een bespreking van de Mededingingswet uiteenzetten hoe het het bestuur in de praktijk vergaat bij het hanteren van de bevoegdheid tot het opleggen van bestuurlijke boetes.¹⁷

15. Deel B1/2.2.4.4 van de Vreemdelingencirculaire 2000.

16. Naast het vreemdelingenrecht kan daarbij gedacht worden aan de handhaving van de financieel-economische wetgeving. Daar staan vaak grote (financiële) belangen op het spel, maar wordt in veel gevallen handhavend opgetreden met het opleggen van dwangsommen. Dit is een reparatoire bestuurlijke sanctie waartegen, zoals later in dit preadvies duidelijk zal worden, beduidend minder rechtsbescherming bestaat dan tegen zijn punitieve equivalent.

17. S.K. Gabriël, ‘Dubbel gestraft? Cumulatie van bestuurlijke punitieve sancties met privaatrechtelijke sancties: een verkenning’ en J.A.M.A. Sluysmans, ‘De Mededingingswet als boetewet’, beide opgenomen in dit deel van de Jonge VAR-reeks.

2 De handhaving van het bestuursrecht en de rol van het bestuur

De idee dat het bestuur de beschikking heeft over eigen (punitieve) sanctiebevoegdheden om bestuursrechtelijke normen te handhaven roept vandaag de dag weinig weerstand op. Hiervoor bleek al even dat deze praktijk een relatief jong verschijnsel is. Waarom heeft het bestuur in de loop der tijd eigenlijk de bevoegdheid gekregen om schendingen van het bestuursrecht zelf te sanctioneren? In het bijzonder kan men zich de vraag stellen waarom het het bestuur zelfs is toegestaan punitieve sancties toe te passen.

Voor het antwoord op voormelde vragen, maar ook voor een beter begrip van het verschijnsel van de bestuurlijke punitieve sanctie in het algemeen, zal in paragraaf 2.1 eerst worden ingegaan op de historische ontwikkeling van de handhavende taak van het bestuur. In paragraaf 2.2 zal vervolgens een overzicht worden gegeven van enkele recente ontwikkelingen op het terrein van de bestuurlijke punitieve sanctie. In paragraaf 2.3 wordt de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht ten aanzien van de handhaving van bestuursrechtelijke normen besproken. Tot slot zal in paragraaf 2.4 kort aandacht worden besteed aan de privaatrechtelijke handhaving van het bestuursrecht.

2.1 De opkomst van bestuurlijke (punitieve) sancties

Het is niet mogelijk om in dit preadvies de volledige historie van de opkomst van alle bestuurlijke sanctiebevoegdheden tot in detail te beschrijven. Het hiernavolgende historische overzicht is dan ook een overzicht op hoofdlijnen, waarbij voornamelijk aandacht is voor de opkomst van de punitieve bestuurlijke sanctie.

2.1.1 *Van het primaat van de strafrechtelijke handhaving...*

In de jaren vijftig van de vorige eeuw bestaan wel bestuurlijke sancties (dan nog administratieve sancties geheten),¹⁸ maar voor de handhaving van het bestuursrecht wordt

18. Klassiek voorbeeld is de fiscale verhoging, maar men kan ook denken aan de intrekking van een vergunning. Voor een globale inventarisatie van de in de jaren vijftig van de vorige eeuw bestaande administratieve sancties: Belinfante 1957, p. 24-28.

vooral op het strafrecht vertrouwd.¹⁹ De reden die Belinfante hiervoor in 1957 geeft, is een 'stelselloosheid' bij de wetgever inzake de dosering van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties.²⁰ Zoals ook al in de inleiding van dit preadvies werd geschreven, lag bij de keuze tussen een ongeordend en onvolledig stelsel van bestuurlijke sancties en een veel beter georganiseerd strafrechtelijk systeem, het gebruik van dat laatste systeem voor de hand. Mulder constateert in datzelfde jaar overigens ook een zekere stelselloosheid bij de rechtsgeleerden, die het niet eens zijn over de wenselijkheid van het bestaan en het gebruik van bestuurlijke sancties.²¹

De praktijk van de strafrechtelijke handhaving van het bestuursrecht blijft gedurende de jaren zestig,²² zeventig²³ en tot ver in de jaren tachtig²⁴ van de vorige eeuw de voorkeur verdienen. Natuurlijk wordt er in de tussentijd wel nagedacht over de toepassing van bestuurlijke sancties.²⁵ Wat betreft de daadwerkelijke toepassing daarvan is men echter zeer terughoudend. Zo schrijft Mulder in 1957 – de voor- en nadelen van bestuurlijke, dan wel strafrechtelijke handhaving tegen elkaar afwegend – dat bestuurlijke sancties naar zijn mening alleen in beeld komen wanneer 'om bepaalde redenen de voordelen van het inschakelen van een administratieve dienst niet alleen de nadelen daarvan overtreffen, maar bovendien aanzienlijk sterker wegen dan de voordelen van het inschakelen van een rechter (...)'.²⁶ Van Angeren laat in 1971 toepassing van de door hem voorgestane administratieve sancties (een ge- of verbod met dwangsom, een vorm van schadevergoeding, de politiedwang en de intrekking van een vergunning) liever over aan de administratieve rechter dan aan het bestuur.²⁷

Als men het gebruik van bestuurlijke sancties al wenselijk acht, ziet men nauwelijks een rol weggelegd voor een *bestraffend* bestuur. Het meest uitgesproken tegen het instellen van punitieve bestuurlijke sancties is Belinfante.²⁸ Mulder en Oostenbrink wijzen de punitieve bestuurlijke sanctie niet onmiddellijk van de hand,²⁹ maar Oostenbrink spreekt zijn voorkeur uit om 'de typisch op een vergelding van schuld

19. Ibidem, p. 9. Het ontstaan van de Wet Economische Delicten (1950) past geheel in die geest. Toen men ontdekte dat het commune strafrecht niet meer volstond voor de handhaving van ordeningswetgeving, werd niet gekozen voor uitbreiding van de handhavingsbevoegdheden van het bestuur, maar voor aanvulling van het strafrecht: Verhey & Verheij 2005, p. 255-256. In gelijke zin: Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 6.

20. Belinfante 1957, p. 12-14.

21. Mulder 1957, p. 45-51.

22. Oostenbrink 1967. Zie ook p. 1 en 2 waar Oostenbrink zich verbaast over de geringe aandacht in de rechtsgeleerde literatuur voor de administratieve sanctie.

23. Van Angeren 1971. Zie m.n. p. 26 waar hij de grote rol van het strafrecht bij de handhaving van het bestuursrecht nog eens benadrukt.

24. Bijvoorbeeld Duk 1988.

25. Al in 1957 zet eerder genoemde Belinfante uiteen dat naar zijn mening 'de straf als middel om te reageren tegen iedere overschrijding van administratiefrechtelijke normen, niet zo altijd en in alle gevallen voor de hand ligt, als de praktijk wel zou doen denken.' Ten eerste verschillen de functies van de overheid in het administratief recht (overheid als belanghebbende) en het strafrecht (overheid als handhaver) te veel om onverkort aan de strafrechtelijke handhaving van het administratieve recht vast te houden. Daarnaast bestaat binnen het administratieve recht vaker de wens om na een overtreding de gewenste situatie te herstellen, terwijl het strafrecht leedtoevoeging tot doel heeft (Belinfante 1957, p. 12-13).

26. Mulder 1957, p. 80. Hij doelt hierbij op de strafrechter en stelt overigens geen algemene regel te willen formuleren.

27. Van Angeren 1971, p. 32.

28. Belinfante 1957, p. 36 en 41-42. Waarbij zij opgemerkt dat hij de bestuurlijke boete als een reparatoire sanctie kenmerkt (p. 37-38 van zijn preadvies) en hij het gebruik van reparatoire bestuurlijke sancties niet van de hand wijst (eveneens p. 36).

29. Mulder 1957, p. 79 en Oostenbrink 1967, p. 33 en 137.

gebaseerde overheidsreactie op overtredingen over te laten aan de strafrechter (...)'³⁰ en Mulder is, zoals hiervoor bleek, überhaupt terughoudend wat betreft het gebruik van bestuurlijke sancties. Nog in 1988 merkt Duk op dat zijns inziens slechts 'klemmende redenen van praktische aard' zouden kunnen nopen tot het optreden van het bestuur als 'rechter' in eerste aanleg bij het opleggen van punitieve sancties.³¹

Juist in de tijd dat Duk het voorgaande schrijft, begint het bastion van de strafrechtelijke handhaving van het bestuursrecht echter scheuren te vertonen. Handhaving van bestuursrechtelijke wetgeving door middel van het strafrecht blijkt in de praktijk te kort te schieten³² en ook de handhaving van het strafrecht zelf laat te wensen over.³³ De problematiek van het handhavingstekort doet haar intrede en er wordt veel geschreven over de oorzaken, gevolgen en mogelijke oplossingen van dit probleem. Het is niet mogelijk alle verschenen nota's en literatuur op het gebied van het handhavingstekort te behandelen, daarom (ook hier weer) een bespreking op hoofdlijnen.³⁴

2.1.2 ...naar de bestrijding van het handhavingstekort

Het tekort in de handhaving van het bestuursrecht wordt eind jaren tachtig van de vorige eeuw door de overheid opgemerkt en erkend.³⁵ Als belangrijkste oorzaak voor de gebrekkige handhaving van het bestuursrecht voert zij de overbelasting van het strafrechtelijke handhavingsapparaat aan (waarmee de handhaving van het bestuursrecht immers van oudsher geschiedde).³⁶ Om de handhaving van bestuursrechtelijke normen veilig te stellen wordt meer en meer toenadering tot het bestuursrecht zelf gezocht.³⁷ Even wordt zelfs gesproken over het *primaat* van de bestuursrechtelijke handhaving van bestuursrechtelijke normen.³⁸ Na het rapport van de Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (commissie-Michiels)³⁹ dat verschijnt in 1998, komt de regering, net als de commissie-Michiels, uiteindelijk tot de conclusie dat een combinatie van strafrechtelijke en bestuurlijke middelen de handhaving van het bestuursrecht het meest ten goede komt.⁴⁰

30. Oostenbrink 1967, p. 137.

31. Duk 1988, p. 109. Duk geeft niet aan aan welke rechter (straf-, civiele of bestuursrechter) hij de voorkeur geeft, maar stelt wel vast dat aan het pleidooi van Van Angeren voor de bestuursrechter geen gehoor is gegeven: *ibidem*, p. 110.

32. Cie. Kortmann 1994, p. 7.

33. Van Duyne & Kwanten 2004, p. 7 en 8.

34. De problemen bij de handhaving van het strafrecht blijven hierbij verder buiten beschouwing. Voor een overzicht van de publicaties inzake het handhavingstekort m.b.t. het strafrecht: Van Duyne & Kwanten 2004, p. 7-9 en p. 73-77.

35. Het handhavingstekort wordt door de wetgever omschreven als een tekort in het bevorderen van de naleving van wettelijke voorschriften (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 73). De Cie. Michiels omschrijft het als het wel moeten handhaven, maar het niet kunnen of willen handhaven: Cie. Michiels 1998, p. 36. Sommige auteurs stellen dat het bestaan van het handhavingstekort onvoldoende empirisch werd onderbouwd. Corstens stelde dit in ieder geval ten aanzien van de door de Cie. Kortmann besproken wetten: Corstens 1995, p. 13. Vgl. Albers 2002, p. 3 en de daar aangehaalde literatuur.

36. Zie hierover meer uitgebreid: Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 73.

37. In de kabinetsnota 'Met vaste hand' (Kamerstukken II 1990/91, 22 045, nr. 1-2) wordt de reservefunctie van het strafrecht benadrukt, zie: Van Duyne & Kwanten 2004, p. 8.

38. Cie. Korthals Altes 1995. In het daaropvolgende kabinetsstandpunt 'In juiste verhouding' (Kamerstukken II 1995/96, 24 802, nr. 2) is een tweedeling in bestuurs- en privaatrechtelijke handhaving enerzijds en strafrechtelijke handhaving anderzijds waar te nemen, zie: Van Duyne & Kwanten 2004, p. 9.

39. Cie. Michiels 1998.

40. *Ibidem*, p. 63-66 en Kamerstukken II 1999/2000, 26 800 VI, nr. 67, p. 8. Zij het dat de regering een uitgesproken voorkeur voor de bestuurlijke boete heeft (zie ook p. 18 van dit preadvies).

Al eerder is dan – ook met een blik op de ons omringende landen⁴¹ – begonnen met het creëren van concrete bevoegdheden waarmee het bestuur de naleving van het recht ook daadwerkelijk kan afdwingen. Onder invloed van het nijpende handhavingstekort lijkt bovendien sprake te zijn van een definitieve omslag in het denken over de bestuurlijke sanctie. Met de invoering van de bestuurlijke boete op meerdere terreinen van het bestuursrecht wordt ook het straffen niet langer geacht te zijn voorbehouden aan de (straf)rechter. Er wordt werk gemaakt van het op grotere schaal invoeren van deze bestuurlijke punitieve sanctie. Met de invoering van de ‘Wet Mulder’⁴² begin jaren negentig van de vorige eeuw wordt de strafrechtelijke handhaving van verkeersvoorschriften vaarwel gezegd en neemt het bestuur het door middel van de bestuurlijke boete over. In 1994 laat het ministerie van Justitie onderzoek doen naar de toepassing van bestuurlijke boetes bij de handhaving van het bestuursrecht zelf. De Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten (commissie-Kortmann) die het onderzoek uitvoert, pleit voor invoering van de bestuurlijke boete op grotere schaal⁴³ en de regering neemt deze aanbeveling over.⁴⁴ Als de commissie-Michiels in 1998 opmerkt dat het bestaande bestuurlijke handhavingsinstrumentarium voldoende mogelijkheden biedt voor het bestuur en dat terughoudendheid dient te worden betracht bij het verder invoeren van bestuurlijke boetes,⁴⁵ plaatst de regering een nuancering harerzijds bij de overname van dit standpunt. Het kabinet wil op specifieke terreinen en ten aanzien van specifieke normen het bestuur tegemoet komen en daar waar het invoeren van de mogelijkheid bestuurlijke boetes op te leggen in een grote behoefte voorziet, hiertoe ook overgaan.⁴⁶

Als gevolg van de wens om het handhavingstekort te bestrijden, is dus definitief afscheid genomen van een lange historie van overwegend strafrechtelijke handhaving van bestuursrechtelijke normen. Het bestuur heeft op grote schaal de bevoegdheid verkregen om overtredingen van het bestuursrecht zelf te sanctioneren. Daarnaast worden van oorsprong strafrechtelijke normen nu bestuursrechtelijk afgedaan, met als belangrijkste voorbeeld de Wet Mulder. Voornamelijk via de opkomst van de bestuurlijke boete heeft ook de *punitieve* bestuurlijke sanctie een (niet meer weg te denken) rol opgeëist in de handhaving van het bestuursrecht. Anno 2005 wordt echter (voorzichtig) de vraag gesteld hoeveel ‘winst’ de invoering van de bestuurlijke boete het bestuurs- én het strafrecht nu werkelijk heeft opgeleverd. Uit onderzoek blijkt dat van het terugdringen van de werklast van de strafrechter nauwelijks sprake is. Bovendien lijkt het opleggen van bestuurlijke boetes op sommige terreinen zoveel werk met zich mee te brengen, dat door sommigen gevreesd wordt voor overbelasting van de

41. Vergelijk de MvT van de hierna te bespreken ‘Wet Mulder’ waarin de regering wijst op de in meerdere delen van West-Europa aanwezige ontwikkeling om de bestraffing van met name lichte verkeersovertredingen aan het bestuur in plaats van de strafrechter over te laten: Kamerstukken II 1987/88, 20 239, nr. 3, p. 21.

42. Wet van 3 juli 1989, houdende administratiefrechtelijke afdoening van inbreuken op bepaalde verkeersvoorschriften, Stb. 1989, 300.

43. Cie. Kortmann 1994, p. 3.

44. Standpunt van het demissionaire kabinet over het rapport van de Cie. Kortmann (gevoegd bij het rapport) p. 4 (zie voor het kabinetsstandpunt ook: Kamerstukken II 1993/94, 23 400, nr. 48).

45. Cie. Michiels 1998, p. 82.

46. Kamerstukken II 1999/2000, 26 800 VI, nr. 67, p. 8-9.

bestuursrechtspraak.⁴⁷ Men zou zich kunnen afvragen of niet ook het bestuur zelf hinder gaat ondervinden van haar al maar toenemende boetebevoegdheden.

2.2 Recente ontwikkelingen inzake de bestuurlijke punitieve sanctie

De hiervoor beschreven verschuiving van strafrechtelijke naar bestuurlijke handhaving van het bestuursrecht is anno 2005 zover gevorderd dat Verhey en Verheij in hun preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging van dat jaar gevoeglijk kunnen opmerken dat 'de handhaving van ons economisch bestuursrecht vrijwel uitsluitend met bestuursrechtelijke middelen geschiedt. Het strafrecht speelt hooguit een aanvullende rol (...).'⁴⁸ Ook op andere bestuursrechtelijke rechtsgebieden kan de primaire rol van bestuurlijke sanctiebevoegdheden niet worden ontkend. Wanneer we aanhaken bij het onderwerp van dit preadvies – de bestuurlijke punitieve sanctie – dan is de bestuurlijke boete de enige bestuurlijke sanctie waarvan het punitieve karakter algemeen wordt aangenomen. Gezien de belangrijke plaats die deze sanctie inmiddels inneemt binnen het bestuurlijke handhavingsrecht⁴⁹ is het niet verwonderlijk dat de wetgever enige zaken hieromtrent heeft willen vastleggen in de vierde tranche van de Awb.

2.2.1 *De bestuurlijke boete in de vierde tranche Awb*

Het wetsvoorstel van de vierde tranche van de Awb kan worden gezien als een kort rustpunt in de toch wat stormachtige ontwikkeling van het bestuurlijke (punitieve) sanctierecht. Naast de bepalingen over bestuursrechtelijke geldschulden (titel 4.4) en attributie (afdeling 10.1.3) worden in het voorstel enkele regels voor de bestuurlijke handhaving (algemene bepalingen in titel 5.1), herstelsancties (titel 5.3) en de bestuurlijke boete (titel 5.4) gecodificeerd. Het wetsvoorstel is in zoverre met instemming begroet, dat iedereen het erover eens is dat een meer centrale regeling van (met name) de bestuurlijke boete de voorkeur verdient.⁵⁰ Voorkomen moet worden dat de vele verschillende bijzondere bestuurswetten waarin het opleggen van bestuurlijke boetes mogelijk wordt gemaakt teveel uiteen gaan lopen. De kritiek op het wetsvoorstel spitst zich vooral toe op de normering van de bestuurlijke boete, zoals de wetgever deze voor ogen heeft. De wetgever heeft de keuze gemaakt om aansluiting te zoeken bij regelingen in het strafrecht, niet om relevante bepalingen uit het strafrecht integraal over te nemen of, enkele uitzonderingen daargelaten,⁵¹ overeenkomstig van toepassing te

47. J.G. van Erp & M.D. van Ewijk, *Werklast bestuurlijke boete. Determinanten van de werkbelasting in de bestuursrechtspleging*, Ministerie van Justitie (WODC), maart 2005, www.wodc.nl, Overbelasting van de bestuursrechtspraak wordt overigens betwijfeld door Michiels in zijn reactie op het onderzoek: *Stcr* 2005, 178, p. 2.

48. Verhey & Verheij 2005, p. 253.

49. Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 168 voor een overzicht van wetgeving waarin op 18 juni 2004 een bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete is opgenomen.

50. Zie ten aanzien van het voorontwerp vierde tranche Awb bijv. Corstens 2000, p. 1186 en ten aanzien van het wetsvoorstel bijv. Hartmann & Rogier 2004, p. 1877.

51. Bijvoorbeeld art. 5.0.1 lid 3 (overeenkomstig van toepassing verklaring van art. 51 Sr: strafbare feiten begaan door rechtspersonen); 5.4.1.7 lid 4 (overeenkomstig van toepassing verklaring van art. 1 lid 2 Sr: bij verandering van wetgeving wordt de voor de verdachte meest gunstige bepaling toegepast) en 5.4.1.8 (in geval van (voortgezette) vervolging na beklag bij het gerechtshof (art. 12i Sv) wordt art. 74b lid 1 Sr van overeenkomstige toepassing verklaard: het recht tot strafvervolgung herleeft als ware het niet vervallen geweest). Zie ook Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 7.

verklaren.⁵² Ook wordt met het huidige wetsvoorstel het opstellen van een ‘Wet op het Bestuursstrafrecht’⁵³ verworpen. Naar mening van de wetgever blijft ook de punitieve bestuurlijke sanctie dermate onderdeel uitmaken van het bestuursrecht, al was het maar omdat de oplegging van een dergelijke sanctie nog altijd als een besluit is aan te merken, dat de Awb een passende plaats is ter normering van in casu de bestuurlijke boete. Daarnaast kunnen ook in de Awb de nodige bijzondere regels neergelegd worden, die – zo erkent de wetgever wel – vereist zijn voor de normering van bestuurlijke boetes.⁵⁴

De regeling omtrent de bestuurlijke boete in de vierde tranche is algemeen van aard, wat vanuit het oogpunt van het legaliteitsbeginsel niet vreemd is. Voor het opleggen van bestuurlijke boetes wordt immers een zo specifiek mogelijke wettelijke grondslag geëist. Die grondslag is te vinden in de bijzondere bestuurswetgeving. Daar wordt met andere woorden de vraag beantwoord voor welke gedraging een boete kan worden opgelegd, wie die boete mag opleggen en hoe hoog de desbetreffende boete dan moet zijn. De vierde tranche geeft de algemene regels met betrekking tot de procedure die dient te worden gevolgd bij het opleggen van bestuurlijke boetes.⁵⁵

2.2.2 Andere ontwikkelingen op het terrein van het bestuurlijke sanctierecht

Met de vierde tranche wordt onder meer beoogd enige uniformiteit in het bestuurlijke sanctierecht te brengen. De ontwikkelingen binnen de bestuurlijke handhaving schrijden echter voort. Met de invoering van de Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte⁵⁶ en de Wet bestuurlijke boete fout parkeren en andere lichte verkeersovertredingen,⁵⁷ wordt, vanwege politieke druk vanuit de Tweede Kamer⁵⁸ door de regering niet gewacht op de inwerkingtreding van de vierde tranche Awb.⁵⁹ Om die reden beschikken beide voorstellen over een eigen boeteregeling. Daarbij is wel zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de vierde tranche. Bovendien zullen beide wetten bij inwerkingtreding van die vierde tranche ‘tegen het licht (...) worden gehouden en waar nodig (...) worden aangepast aan de algemene regeling in de Awb.’⁶⁰

52. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 125 en 126. Het overeenkomstig van toepassing verklaren van bepalingen van het Wetboek van Strafrecht op de regeling van het materiële boeterecht in de Awb werd bepleit door: O.J.D.M.L. Jansen, De dynamiek van het publiekrechtelijk sanctierecht. Enkele beschouwingen over het bestraffende deel daarvan, (Handelingen NJV 2002-1), p. 167-255, m.n. p. 253. De Hoge Raad adviseerde te verwijzen naar bepalingen in het Wetboek van Strafrecht: Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 125.

53. Zoals onder meer voorgestaan door Rogier, Hartmann en Van Russen Groen, zie Hartmann & Van Russen Groen, 1998. Zie ook Albers 2002, m.n. p. 413-414 en 445-447 en H. de Doelder & L.J.J. Rogier (red.), Opstellen over bestuursstrafrecht, Arnhem: Gouda Quint 1994.

54. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 127.

55. Ibidem, p. 7-8 en 121.

56. Wijziging van de Gemeentewet in verband met de invoering van de bestuurlijke boete voor overtreding van een aantal voorschriften bepaald bij gemeentelijke verordening betreffende overlast in de openbare ruimte (Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte), Kamerstukken II 2004/05, 30 101.

57. Wijziging van de Wegenverkeerswet 1994 in verband met de invoering van een bestuurlijke boete voor overtreding van een aantal voorschriften betreffende het laten stilstaan en parkeren van voertuigen, en voor andere lichte verkeersovertredingen (Wet bestuurlijke boete fout parkeren en andere lichte verkeersovertredingen), Kamerstukken II 2004/05, 30 098.

58. Kamerstukken II 2003/04, 29 200 VII, nr. 16 (herdruk).

59. Kamerstukken II 2004/05, 30 101, nr. 3, p. 13-14, resp. Kamerstukken II 2004/05, 30 098, nr. 3, p. 14.

60. Kamerstukken II 2004/05, 30 101, nr. 3, p. 14-15, resp. Kamerstukken II 2004/05, 30 098, nr. 3, p. 18.

Op grond van eerstgenoemd wetsvoorstel verkrijgt het college van burgemeester en wethouders, dan wel de burgemeester de bevoegdheid een bestuurlijke boete op te leggen ten aanzien van een aantal lichte overtredingen, zoals wildplassen of het aanbrengen van graffiti. Ten aanzien van welke overtredingen deze bevoegdheid precies geldt, zal in een AMvB worden vastgelegd. Gemeenten zijn niet verplicht om over te gaan tot bestuurlijke handhaving, zij kunnen ook kiezen voor de huidige situatie met alleen strafrechtelijke handhaving. Bij een keuze voor de bestuurlijke weg dienen de gemeenten echter wel *alle* in de AMvB voorkomende overtredingen te handhaven. Bovendien komt de primaire verantwoordelijkheid voor de handhaving op het terrein van het wetsvoorstel in dat geval bij de gemeente te liggen en zal optreden door de politie weliswaar niet verdwijnen, maar wel naar de achtergrond worden geschoven.⁶¹

Het wetsvoorstel inzake de bestuurlijke boete fout parkeren en andere lichte verkeers-overtredingen verleent het college van burgemeester en wethouders de bevoegdheid tot het opleggen van bestuurlijke boetes ter handhaving van de parkeervoorschriften en andere verkeersvoorschriften (zoals het op juiste wijze gebruik maken van de weg door fietsers en voetgangers). In tegenstelling tot het wetsvoorstel bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte zijn gemeenten verplicht om over te gaan tot bestuurlijke handhaving.⁶² Toch kiest men ook in het 'wetsvoorstel fout parkeren' voor een duaal stelsel. Naast het college van burgemeester en wethouders blijft de politie bevoegd om strafrechtelijk, dan wel via de Wet Mulder op te treden. Ook nu ligt de primaire verantwoordelijkheid voor de handhaving echter bij de gemeenten (de bedoeling is dat de politie niet meer stelselmatig aandacht zal besteden aan de – in een AMvB neergelegde – verkeersnormen).⁶³

Hoewel het geen bestuursrechtelijk sanctierecht betreft, kan tot slot het wetsvoorstel inzake de OM-afdoening⁶⁴ hier niet onbesproken blijven. Het gaat hier om een wijziging van het Wetboek van Strafrecht en Strafvordering, waardoor het OM de bevoegdheid krijgt om door middel van een strafbeschikking 'lichte' zaken zelf af te doen.⁶⁵ Deze bevoegdheid komt in plaats van de huidige transactie (en het voorwaardelijk sepot) en heeft ten opzichte van de transactie als voordeel dat de tenuitvoerlegging niet meer afhankelijk is van de medewerking van de betrokkene.⁶⁶ Het wetsvoorstel is in zoverre relevant voor onderhavig preadvies, dat het ontstaan van deze wet voor een groot deel het gevolg is van de hiervoor beschreven ontwikkeling in het bestuursrecht, waarin afstand is genomen van de gedachte dat straffen alleen door de strafrechter

61. Kamerstukken II 2004/05, 30 101, nr. 3, p. 3. Voor een uitgebreidere bespreking van dit voorstel zie Hartmann 2005, p. 88-90 en het verslag van de studiemiddag van de VAR inzake de bestuurlijke boete, gehouden op 15 april 2005: M. Vos, De bestuurlijke boete. Verslag van een VAR-studiemiddag, NTB 2005, p. 184-187.

62. Kamerstukken II 2004/05, 30 098, nr. 3, p. 4-5.

63. Kamerstukken II 2004/05, 30 098, nr. 3, p. 10. Zie omtrent het wetsvoorstel ook: Hartmann 2005, p. 90-92.

64. Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening strafbare feiten (Wet OM-afdoening), Kamerstukken II 2004/05, 29 849.

65. Zie voor de mogelijk door het OM op te leggen straffen en maatregelen het voorgestelde art. 257a Sv: Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 2, p. 3 en nr. 3, p. 22-24 alsook Hartmann 2005, p. 85-86.

66. Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 1 en 29. Integendeel, het initiatief om op te komen tegen een strafbeschikking ligt bij degene die de beschikking krijgt opgelegd. Deze persoon moet zelf verzet tegen deze beslissing aantekenen: Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 41.

kunnen worden opgelegd. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel OM-afdoening wordt uitdrukkelijk gesteld, dat nu in het bestuursrecht het door bestuursorganen opleggen van punitieve sancties ‘in ruime mate’ is aanvaard, het niet langer voor de hand ligt dit binnen het strafrecht uit te sluiten.⁶⁷ De OM-afdoening zal overigens geheel volgens het strafrecht genormeerd worden, zodat de vierde tranche hier buiten beeld blijft.⁶⁸

2.3 Een samenspel van strafrechtelijke en bestuurlijke handhaving

In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk is uiteengezet hoe het strafrecht bij de handhaving van bestuursrechtelijke normen steeds meer plaats heeft moeten maken voor bestuurlijke handhaving. Uit de daaropvolgende paragraaf bleek, dat de wetgever er ook bij de normering van de *punitieve* bestuurlijke sanctie niet voor heeft gekozen om zijn toevlucht (weer) tot het strafrecht te zoeken. In de hiervoor al even kort besproken vierde tranche Awb is immers een ‘eigen’ bestuursrechtelijke boeteregeling neergelegd. Dit betekent niet dat het strafrecht volledig terzijde is geschoven. In navolging van het advies van de commissie-Michiels kwam de regering in 1998 immers tot de conclusie dat een combinatie van strafrechtelijke en bestuurlijke handhaving de voorkeur verdiende.⁶⁹ Daarnaast vormt de vierde tranche in belangrijke mate een codificatie van de artikel 6 EVRM-jurisprudentie inzake de bestuurlijke boete. Het feit dat de eisen uit dat artikel (en artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR)) gelijkelijk van toepassing zijn op de bestuurlijke boete en strafrechtelijke sancties ‘brengt wel mee dat de regeling van de bestuurlijke boete op enkele wezenlijke punten moet overeenkomen met het strafrecht.’⁷⁰

De combinatie bestuursrecht en strafrecht levert meerdere keuzes op die de wetgever kan maken in het kader van de handhaving van het bestuursrecht. De wetgever kan er voor kiezen de handhaving via één van beide wegen te laten lopen.⁷¹ Aan de andere kant kan de wetgever de strafrechtelijke én de bestuurlijke weg tot handhaving openlaten en de keuze voor de uiteindelijk te volgen weg aan de handhavende instanties zelf overlaten.⁷² Ook wanneer de wetgever zijn oog op louter bestuurlijke handhaving laat vallen, kan het strafrecht een rol blijven spelen, met name bij de normering van puni-

67. Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 2. Zie over dit ‘uitdijende bestuursrecht’: F.C.M.A. Michiels, Het uitdijende bestuursrecht (voorzittersrede VAR-jaarvergadering 20 mei 2005), p. 4. Te raadplegen via: www.verenigingvoorbestuursrecht.nl.

68. Het opleggen van een OM-boete wordt immers aangemerkt als een daad van vervolging, waarop de Awb ex art. 1:6 niet van toepassing is. Zie Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 15-17 en 44 en Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 83.

69. Cie. Michiels 1998, p. 63-66 en Kamerstukken II 1999/2000, 26 800 VI, nr. 67, p. 8 en par. 2.1.2 van dit preadvies. De keuze om bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving naast elkaar te laten bestaan kan worden teruggevoerd naar de kabinetsreactie op het rapport van de Cie. Kortmann. Zie met betrekking tot dit laatste rapport nader par. 1.2 van het eerdergenoemde preadvies van Sluysmans.

70. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 124.

71. Als bekend hanteert de wetgever bij het maken van deze keuze een (ook in de MvT bij de vierde tranche Awb neergelegd) toetsingskader.

72. Het spreekt voor zich dat overleg tussen de instanties hierbij noodzakelijk is. Meer nog dan bij de keuze voor één rechtsgebied, liggen ongeoorloofde samenloop en cumulatie van sancties en schending van het *ne bis in idem*-beginsel op de loer.

tieve bestuurlijke sancties. Als gevolg hiervan is er niet alleen een samenspel van strafrechtelijke en bestuurlijke handhaving ontstaan, maar ook een samenspel tussen het strafrecht en het bestuursrecht in het algemeen. Gedoeld wordt op het ontstaan van bestuurlijke handhavingsmiddelen met een (sterk) strafrechtelijk karakter, met de bestuurlijke boete als belangrijkste voorbeeld.⁷³ Met het wetsvoorstel OM-afdoening heeft de bestuurlijke boete in feite zelfs zijn intrede in het strafrecht gedaan. De osmose tussen het strafrecht en het bestuursrecht lijkt hiermee een nieuwe (wellicht laatste)⁷⁴ fase te zijn ingegaan.

Het samenspel gaat overigens niet iedereen ver genoeg. Hoewel Knigge weinig moeite heeft met de bestuurlijke boete, vraagt hij zich wel af waarom deze punitieve sanctie geen regeling in het strafrecht heeft gekregen.⁷⁵ Naar zijn mening dient het dogmatische onderscheid tussen het strafrecht en het bestuursrecht te worden losgelaten en kan het opleggen van alle punitieve sancties, waaronder de bestuurlijke boete, maar wellicht ook de punitieve intrekking van een vergunning, onder één systeem (het Wetboek van Strafvordering) worden geregeld.⁷⁶ Corstens pleit eveneens voor een grotere rol voor het strafrecht bij de normering van de bestuurlijke sanctionering.⁷⁷ Niet alleen uit efficiëntie- en rechtszekerheidsoverwegingen⁷⁸ hecht Corstens waarde aan de toepassing van het strafrecht bij de handhaving van het bestuursrecht, maar ook omdat het bestuursrecht de stigmatiserende werking van het strafrecht ontbeert. Waar Michiels betoogt dat ten aanzien van de berechting van veel overtredingen een stigmatiserende werking niet past,⁷⁹ vreest Corstens dat een verruwing van de samenleving optreedt wanneer het strafrecht en zijn stigmatiserende werking teveel naar de achtergrond verdwijnen.⁸⁰ Ook wordt meer ten aanzien van specifieke wetgeving gediscussieerd over de vraag of regeling in óf het bestuursrecht, óf het strafrecht de voorkeur verdient, of dat beide opties open gehouden dienen te worden.⁸¹

2.4 Privaatrechtelijke handhaving van bestuursrechtelijke normen

Een hoofdstuk dat – weliswaar ‘in vogelvlucht’ – de geschiedenis van de handhaving van het bestuursrecht bespreekt, kan mijns inziens niet eindigen zonder een blik op de

73. Men kan in dat verband ook denken aan het ontstaan van het bestuursstrafrecht, waaronder meestentijds wordt verstaan: het sanctierecht dat door de wetgever is ondergebracht in het bestuursrecht en welke sancties tevens als een *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM zijn te beschouwen: Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 74.

74. Vgl. Mevis 2004, p. 355 (n.a.v. het wetsvoorstel OM-afdoening): ‘Het bouwwerk van de bestuurlijke boete wordt door de introductie er van in het hart van de algemene codificatie van het strafprocesrecht als het ware voltooid.’

75. G. Knigge, De bestuurlijke boete als teken aan de wand, M&R 1998, p. 63-68.

76. G. Knigge, De verkalking voorbij. Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht, RM Themis 2000, p. 83-96, m.n. p. 95-96.

77. Corstens 2000, p. 1190.

78. Waarom het wiel bestuursrechtelijk opnieuw uitvinden, met het gevaar dat er interpretatieverschillen optreden tussen in wezen dezelfde begrippen, als het strafrecht alle noodzakelijke begrippen al tot ontwikkeling heeft gebracht?

79. F.C.M.A. Michiels, De boete in opmars? (rede VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 18.

80. Corstens 1995, p. 31 en Corstens 2000, p. 1189.

81. Zo acht Mevis het beter de beboeting van overlast in de openbare ruimte binnen het strafrecht te houden: Mevis 2004, p. 353-368. Andersom pleit Hartmann er juist voor de strafrechtelijke aanpak van overtredingen van financiële wetgeving af te schaffen. Alleen de zwaardere overtredingen behoeven in zijn visie een aanpak via het (commune) strafrecht: Hartmann 2004, p. 1068-1073.

toekomst te werpen. Het bestuursrecht is een steeds grotere rol in gaan nemen bij de handhaving van het recht, maar gaat wellicht ten onder aan zijn eigen succes. Overbelasting van het bestuurlijke handhavingsapparaat is een reëel gevaar. Naast het bestuursrecht zelf, zal daarom naar verwachting het privaatrecht in de toekomst een steeds belangrijkere plaats gaan innemen bij de handhaving van bestuursrechtelijke normen.

Het kabinet Balkenende II wil met name met het oog op het verminderen van de regeldichtheid in ons land de handhaving van het bestuursrecht deels 'privatiseren'. In de nota *Bruikbare rechtsorde*⁸² spreekt het kabinet over de invoering van zorgplichten, het sluiten van convenanten, zelfregulering en certificering. Er zal met andere woorden een steeds groter beroep worden gedaan op de eigen verantwoordelijkheid van burgers en bedrijven, daar waar het gaat om de naleving van bestuursrechtelijke normen. In lijn met de in paragraaf 2.1 van dit preadvies beschreven ontwikkeling is de in de nota bepleite verdere terugtrek van het strafrecht bij de handhaving en sanctionering van het bestuursrecht, ten voordele van een grotere rol van het bestuursrecht zelf en alternatieve geschillenbeslechting. Ook Michiels noemt certificering en zelfregulering (in de vorm van het algemeen verbindend verklaren van overeenkomsten), niet vanuit het oogpunt tot terugdringing van het aantal regels in Nederland, maar direct als mogelijke alternatieven voor handhaving door middel van overheidstoezicht én het opleggen van sancties.⁸³

Een meer algemene tendens tot privaatrechtelijke handhaving van het bestuursrecht zou tot slot gelegen kunnen zijn in mogelijke tekortkomingen van de bestuursrechtelijke procedure zelf. Hazewindus en Van der Wilt bezien de bestuursrechtelijke en de privaatrechtelijke mogelijkheden voor de burger die een einde wil maken aan voortdurende milieuoverlast. Kern van de privaatrechtelijke weg is dat de ene particulier de andere particulier rechtstreeks aanspreekt op zijn of haar overlast veroorzakende gedrag. De privaatrechtelijke weg via artikel 3:296 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (rechterlijk ge- of verbod) in combinatie met artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) biedt vanwege dit doelgerichte karakter duidelijke voordelen boven de bestuursrechtelijke weg van het indienen van bezwaren en verzoeken tot handhaving. Als belangrijkste argument kan gelden dat de burger bij het volgen van de privaatrechtelijke weg voor de handhaving van bestuursrechtelijke normen en de effectuering van eventueel opgelegde sancties niet afhankelijk is van de welwillendheid van het bestuur.⁸⁴ De rechtspraak biedt veel voorbeelden van (de voordelen van) de privaatrechtelijke rechtsgang.⁸⁵ Uit de rechtspraak blijkt overigens dat het eveneens mogelijk is met succes een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen ten aanzien van het bestuur dat niet optrad tegen onrechtmatige geluidhinder.⁸⁶

82. Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 9, m.n. p. 12 e.v.

83. F.C.M.A. Michiels, De bestuurlijke boete als remedie tegen handhavingstekorten, in: Justitiële verkenningen — Het straffende bestuur, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 60-72, m.n. p. 64-65.

84. W.G.A. Hazewindus & C.J. van der Wilt, Rechtsbescherming tegen milieuoverlast. Een pleidooi voor de civiele rechtsgang, NJB 2003, p. 322-325.

85. Ibidem, p. 325 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

86. HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 171 m.nt. Scheltema, RvdW 2002, 171, JOL 2002, 565, NJB 2002, 171. *Supra* noot 84, p. 325: 'een privaatrechtelijk ultimum remedium'.

3 De bestuurlijke punitieve sanctie nader bezien

In het vorige hoofdstuk is de opkomst en ontwikkeling van hoofdzakelijk punitieve bestuurlijke sanctiebevoegdheden besproken. Daarbij werd duidelijk dat er ten aanzien van de handhaving van het bestuursrecht een verschuiving heeft plaatsgevonden van strafrechtelijke naar bestuurlijke handhaving en dat voor dat laatste steeds vaker de toevlucht wordt gezocht tot handhaving door middel van punitieve bestuurlijke sancties (met name de bestuurlijke boete).⁸⁷ Het uiteindelijke doel van dit preadvies is het huidige systeem van normering en rechtsbescherming met betrekking tot (punitieve) bestuurlijke sanctiebevoegdheden aan de hand van een tweetal vragen aan een kritische toets te onderwerpen. Daartoe dient eerst helder te zijn hoe dit systeem er op dit moment uit ziet. Hierover gaat dan ook dit derde hoofdstuk.

Een algemeen inleidend preadvies tot het onderwerp van de bestuurlijke punitieve sanctie kan mijns inziens echter niet voorbij gaan aan de moeilijkheden die een fase eerder opdoemen. Namelijk de beantwoording van de vraag wanneer men met een bestuurlijke punitieve sanctie van doen heeft. In de inleiding van dit preadvies is al even kort opgemerkt dat aan de definiëring van het begrip punitief in de literatuur weinig aandacht wordt geschonken, maar dat men zich meer richt op de gevolgen van de kwalificatie punitief. De onduidelijkheid omtrent de precieze inkadering van het begrip punitief bestaat niet alleen in de theorie. Ook in de juridische praktijk bestaat hierover onduidelijkheid. Voorafgaand aan de bespreking van het huidige systeem van normering en rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties in paragraaf 3.2, zal ik in paragraaf 3.1 dan ook eerst ingaan op de problematiek rondom de vaststelling van het punitieve karakter van een bestuurlijke sanctie.

3.1 Bestuurlijke sancties en hun punitieve karakter

Bestuurlijke sancties hebben zich, zoveel is duidelijk, de laatste jaren op een grote belangstelling mogen verheugen. Definities van 'de' bestuurlijke sanctie zijn ruim voorhanden.⁸⁸ Ook in de vierde tranche van de Awb is een definitie van dit begrip

87. De privaatrechtelijke handhaving van het bestuursrecht laat ik vanaf nu verder buiten beschouwing. Zie hieromtrent uitgebreider het eerder genoemde preadvies van Gabriël.

88. Zie Hazewindus 1994, p. 11-12 voor een overzicht van de tot die tijd geformuleerde definities.

neergelegd.⁸⁹ Er is geen plaats voor het uitvoerig bespreken van deze definities, dan wel het formuleren van een eigen definitie. Vast staat wel dat, terwijl er over het wezen van de bestuurlijke sanctie inmiddels duidelijkheid bestaat, de onderverdeling van verschillende soorten bestuurlijke sancties in reparatoire, dan wel punitieve sancties nog altijd een lastige aangelegenheid is. In deze paragraaf zal ik me richten op de problematiek van het bepalen van het punitieve karakter van een bestuurlijke sanctie. Eerst zal ik de huidige opvattingen inzake de invulling van het begrip punitief weergeven. Daarna zal ik mijn reeds in de inleiding verwoorde voorstel – namelijk het op één lijn stellen van de begrippen punitief en *criminal charge* – verder toelichten.

Bij bestudering van het wetsvoorstel voor de vierde tranche van de Awb blijkt dat de wetgever zich buitengewoon summier uitlaat over de vraag wanneer een sanctie als punitief (de wetgever spreekt van bestraffend) is aan te merken. Als reden voor deze summiere omschrijving voert de wetgever aan dat de vierde tranche Awb (voorlopig althans) slechts ziet op één punitieve sanctie: de bestuurlijke boete. Nu het punitieve karakter van deze sanctie juist niet wordt betwist, behoeven er wat de wetgever betreft aan dit toch belangrijke punt verder geen woorden te worden gewijd.⁹⁰

De omtrekkende opmerkingen van de wetgever hebben hoogstwaarschijnlijk te maken met het feit dat het antwoord op de vraag wanneer een bestuurlijke sanctie nu punitief van aard is, ook in de Nederlandse bestuursrechtelijke jurisprudentie nog niet volledig is uitgekristalliseerd.⁹¹ In de literatuur wordt de reeds bestaande jurisprudentie vaak zo geïnterpreteerd dat het punitieve karakter van een bestuurlijke sanctie dient te worden afgeleid uit het (geobjectiveerde) oogmerk waarmee de sanctie wordt opgelegd. Is de sanctie opgelegd met als hoofddoel bestraffing in de zin van leedtoevoeging, dan is de sanctie punitief van aard. Is de sanctie daarentegen primair gericht op het opheffen van een met het recht strijdige situatie, het voorkomen van herhaling van een overtreding of het ongedaan maken van de gevolgen van een overtreding dan is sprake van een reparatoire sanctie. In het eerste geval speelt de verwijtbaarheid van de overtreder een rol, in het tweede geval niet. De zwaarte van de sanctie of hoe de sanctie wordt ervaren door de overtreder, is in deze benadering niet van belang voor het antwoord op de vraag of er een punitieve of reparatoire sanctie is opgelegd.⁹²

Het is echter niet altijd even makkelijk het primair beoogde doel van het opleggen van een bestuurlijke sanctie te bepalen. Zeker niet nu een leedtoevoegende sanctie ook een reparatoire werking kan hebben en een reparatoire sanctie ook punitieve elementen in zich kan dragen. Daarnaast roept het 'oogmerk-criterium' de vraag op wiens oogmerk

89. Blijkens art. 5.0.2 lid 1 vierde tranche Awb wordt onder een bestuurlijke sanctie verstaan: een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak: Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 2, p. 9.

90. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 84.

91. Zie voor een overzicht en bespreking van de belangrijkste uitspraken: Van de Griend 2003, alsmede Rogiers periodieke kroniek 'Handhaving van bestuursrecht' in het NTB.

92. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 438-439 en Van de Griend 2003, p. 17-19 en 101-102. Zie ook Bröring 2005, p. 40 e.v. waarbij hij ook nog twee andere mogelijke zienswijzen met betrekking tot de vaststelling van het begrip punitief bespreekt.

doorslaggevend is en op welke wijze dit oogmerk achterhaald kan worden.⁹³ De enige sanctie waarvan (al dan niet aan de hand van het gebruik van voormelde benadering) het punitieve karakter vaststaat, is als gezegd de bestuurlijke boete.⁹⁴ De (last onder)⁹⁵ bestuursdwang en de last onder dwangsom worden algemeen beschouwd als reparatoire sancties.⁹⁶ Er wordt wel gezegd dat het oogmerk dat het bestuursorgaan kan hebben bij het opleggen van die sancties geobjectiveerd is.⁹⁷ Ten aanzien van intrekingsbesluiten heerst echter meer onduidelijkheid. Blijkens de jurisprudentie hangt het sterk af van de omstandigheden van het geval of de intrekking als punitief dan wel reparatoir wordt gekwalificeerd.⁹⁸

3.1.1 Een voorstel: punitief is criminal charge

Uit het voorgaande blijkt dat in de literatuur enkele aanknopingspunten zijn geformuleerd om het begrip punitief beter te kunnen duiden. Een daadwerkelijk toetsingskader om het karakter van bestuurlijke sancties vast te kunnen stellen, bestaat echter nauwelijks. Wie de onderliggende jurisprudentie bestudeert, ziet dat de benadering van het begrip door de nationale bestuursrechters onderling verschilt,⁹⁹ wat een reden zal zijn voor het feit dat een éénduidiger benadering van voornoemd begrip ook in de literatuur (nog) niet aanwezig is. In dit preadvies wordt voorgesteld om voor de invulling van het begrip punitief aansluiting te zoeken bij het begrip *criminal charge* uit artikel 6 EVRM. Artikel 6 EVRM wordt nu, zoals al eerder aangegeven, voornamelijk genoemd wanneer over de *gevolgen* van de kwalificatie punitief wordt gesproken. Is een bestuurlijke sanctie op basis van het nationaalrechtelijke oogmerk criterium als punitief aangemerkt, dan wordt het opleggen van die sanctie 'vaak' als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM aangemerkt.¹⁰⁰ Ook de zodadelijk nader te bespreken door de rechter uit te voeren 'volle' evenredigheidstoets en de extra eisen die worden gesteld ten

93. Waarbij moet worden opgemerkt dat Van de Griend hier enkele aanwijzingen voor geeft: Van de Griend 2003, p. 18.

94. Vgl. ABRvS 10 februari 1997, AB 1997, 427 m.nt. Verheij en ABRvS 7 augustus 2002, AB 2003, 176, JB 2002, 279 m.nt. Geers.

95. Vgl. de vierde tranche Awb, Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 5. Deze omschrijving van wat nu nog bestuursdwang heet, maakt duidelijk dat deze bevoegdheid pas kan worden uitgeoefend nadat de last tot opheffing van een onrechtmatige situatie niet is nageleefd.

96. Hoewel sommige auteurs ten aanzien van de last onder dwangsom een onderscheid maken tussen het opleggen van de last en de verbeurte van de dwangsom, waarbij de verbeurte mogelijk punitief zou kunnen zijn. Voor een overzicht van voor- en tegenstanders van dit idee: Albers 2001, p. 1161-1162. Ik acht de last onder dwangsom in zijn geheel een reparatoire sanctie.

97. Het oogmerk van bepaalde sancties staat reeds op voorhand vast: Van de Griend 2003, p. 18.

98. Blomberg 2004, p. 162 e.v. en Van de Griend 2003, p. 34 e.v. Aspecten als de duur van de intrekking kunnen een aanwijzing vormen voor het karakter van de opgelegde sanctie. Als de verwijtbaarheid van de overtreder een rol heeft gespeeld bij het opleggen van de sanctie dan kan dit een aanwijzing vormen voor het punitieve karakter van die sanctie. Zie ook de annotatie van Albers bij ABRvS 20 juli 2005 in JB 2005, 267. Zie uitgebreider par. 4.2 van het preadvies van Gabriël en: M.A.M. Dieperink, Omtrekken van een algemene regeling voor intrekken. Over een algemene regeling voor intrekking en wijziging van beschikkingen in Awb (Jonge VAR-reeks 1), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 49-84, i.h.b. p. 74 e.v.

99. Vgl. Van de Griend 2003, p. 54 e.v.

100. Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 maart 1999, AB 1999, 229 m.nt. Vermeulen, r.o. 2.11.1: 'Het opleggen van een vermindering van de rijksvergoeding voor personele uitgaven (...) moet worden aangemerkt als een punitieve sanctie, waarop art. 6 EVRM (...) ziet.' Ook het CBB legt de link tussen de punitieve bestuurlijke sanctie (in casu een bestuurlijke boete) en art. 6 EVRM: CBB 5 april 2005, AWB 04/48, www.rechtspraak.nl. Bestuurlijke boetes worden door de CRvB en de HR ook wel meteen onder de paraplu van art. 6 EVRM geplaatst: CRvB 29 april 2004, 01/4743 ALGEM, www.rechtspraak.nl en HR 19 juni 1985, NJ 1986, 104 m.nt. Alkema, BNB 1986, 29 m.nt. Scheltens.

aanzien van de feitenvaststelling en de bewijsvoering bij punitieve bestuurlijke sancties, zijn gevolgen van de kwalificatie punitief die blijkens de jurisprudentie en literatuur (mede) uit artikel 6 EVRM worden afgeleid. Het bestaan van een koppeling tussen de begrippen punitief en *criminal charge* wordt in de Nederlandse bestuursrechtelijke literatuur algemeen aanvaard,¹⁰¹ maar tot een gelijkstelling van de begrippen komt het niet. Juist vanuit voornoemde verbondenheid stel ik voor om de termen punitief en *criminal charge* wel op één lijn te stellen.¹⁰²

Het belangrijkste argument dat in de literatuur wordt gebruikt om van de hiervoor bepleite gelijkstelling af te zien – de casuïstische rechtspraak van het EHRM – kan mij niet overtuigen. Rechtspraak is per definitie casuïstisch, ook die van het Hof. Bovendien is óók de jurisprudentie van de nationale bestuursrechters inzake het begrip punitief zeer casuïstisch. De Nederlandse bestuursrechter zal de jurisprudentie van het Hof naar beste inzicht interpreteren en navolgen. Het kan altijd gebeuren dat de kwalificatie *criminal charge* door de Nederlandse rechter later door het EHRM ongedaan wordt gemaakt. Dat is nu eenmaal het ‘gevaar’ van het navolgen van jurisprudentie van een hoger rechtscollege.¹⁰³ Dit vormt mijns inziens echter geen reden om dan af te zien van directe toepassing van de rechtsregels die uit uitspraken van dat college zijn af te leiden. Ik roep hierbij het reeds in de inleiding genoemde artikel 53 EVRM in herinnering. Het staat de Nederlandse rechter in beginsel vrij om een verdergaande bescherming te bieden dan het EHRM doet. Met een gelijkstelling van punitief en *criminal charge* wordt anderzijds – en dat lijkt mij het belangrijkste – voorkomen dat de nationale bestuursrechter onder de grens van artikel 6 EVRM duikt en aan bestuurlijke sancties die het EHRM als *criminal charge* aanduidt, maar die door de nationale rechter niet als zodanig worden aangeduid, niet de vereiste bescherming ex artikel 6 EVRM toekent.

Als gevolg van voornoemd voorstel, verwordt de vraag naar het punitieve karakter van een sanctie tot de vraag of met het opleggen van de sanctie een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM gemoeid is. Voordeel hiervan is, dat bij het vaststellen van het karakter van een bestuurlijke sanctie de door het Hof geformuleerde criteria ter beantwoording van de vraag of sprake is van een *criminal charge*, kunnen worden gebruikt. Deze criteria betreffen ten eerste de kwalificatie van de overtreding naar nationaal recht, ten tweede de aard van de overtreding en ten derde de aard en de zwaarte van de opgelegde sanctie. Ten aanzien van het eerste criterium vormt regeling in het bestuursrecht in plaats van het strafrecht slechts een eerste indicatie tegen het aannemen van een *criminal charge*. Zou aan het eerste criterium meer gewicht worden toegekend dan zouden nationale staten immers zelf sancties kunnen uitsluiten van de bescherming van artikel 6 EVRM.¹⁰⁴ Een combinatie van elementen van het tweede en derde crite-

101. Zie noot 9.

102. Waarbij wel moet worden opgemerkt dat het onderzoek naar de vraag of sprake is van een *charge* enigszins los staat van de vraag naar het karakter (*criminal* of niet) van een sanctie (vgl. Albers 2002, p. 115).

103. De oorzaak hiervan ligt bovendien niet altijd in een fout van de nationale rechter; soms zal ook het EHRM van gedachte veranderen en een nieuwe c.q. afwijkende lijn uitzetten, wellicht ook met betrekking tot de huidige wijze waarop het al dan niet *criminal* karakter van een bestuurlijke sanctie wordt bepaald.

104. Na de uitspraak in de zaak Escoubet t. België (EHRM 28 oktober 1999, zaaknr. 26780/95, NJ 2001, 593 m.nt. Alkema, NJCM-Bulletin 2000, p. 968-976 m.nt. Viering) kan worden gesteld, dat ook in geval een sanctie op nationaal niveau is ondergebracht in het strafrecht deze classificatie niet doorslaggevend is.

rium vormt het zwaartepunt voor de beslissing van het Hof of sprake is van een *criminal charge*. Een sanctie wordt aangemerkt als *criminal* als de norm niet tuchtrechtelijk of disciplinair van aard is, maar zich tot alle burgers (in een bepaalde hoedanigheid) richt en de sanctie als *deterrent and punitive* kan worden aangemerkt. De zwaarte van de sanctie lijkt vooralsnog een ondergeschikte rol te spelen. Kan een bestuurlijke sanctie niet op basis van de eerste twee criteria als *criminal* worden aangemerkt, dan kan een sanctie op basis van het criterium van de sanctiezwaarte alsnog als *criminal* worden aangemerkt, maar dit lijkt te zijn voorbehouden aan vrijheidsbenemende sancties en aan bestuurlijke geldelijke sancties die kunnen worden omgezet in een vrijheidsbenemende sanctie.¹⁰⁵ Ook de EHRM-criteria geven geen volledig helder toetsingskader. Ze bieden mijns inziens wel meer houvast dan de huidige aanpak van de Nederlandse bestuursrechters bij een onderzoek naar de punitieve, of beter gezegd de *criminal charge*-kenmerken van een bestuurlijke sanctie.¹⁰⁶ Daar komt nog bij dat op grond van voornoemde criteria een fijnmazige jurisprudentie is ontwikkeld inzake het begrip *criminal charge* waarbij door de nationale bestuursrechter kan worden aangesloten.¹⁰⁷

Tot slot zij opgemerkt dat het gedane voorstel voornamelijk bedoeld is als een eerste aanzet om in een breder verband na te denken over wat onder 'punitief' dient te worden verstaan. Wat mijns inziens nu node gemist wordt, is een bredere benadering van het begrip. Gaan we de betekenis ervan aan artikel 6 EVRM en het daar neergelegde begrip *criminal charge* koppelen (zodat het begrip punitief uiteindelijk kan verdwijnen of een nationale aanduiding vormt voor de *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM) of handhaven we een nationale benadering inzake de kwalificatie punitief? Tot nu toe wordt aan het begrip punitief louter invulling gegeven aan de hand van de vraag naar het karakter van afzonderlijke bestuurlijke sancties. Hoewel dit een te begrijpen, want praktische benadering is, houdt het een diepere gedachtegang over het punitieve karakter van bestuurlijke sancties in het algemeen tegen. Bovendien wordt daardoor te weinig gekeken naar de oorsprong van de bestuurlijke punitieve sanctie en de mogelijkheden die juist de jurisprudentie van het EHRM biedt om het begrip punitief nader in te vullen.

3.2 Normering en rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties

Het opleggen van bestuurlijke punitieve sancties wordt als alle (publiekrechtelijke) bestuurshandelingen genormeerd door de Awb, overige (bijzondere) wetgeving, Euro-

105. Voor een nadere bespreking van deze 'Öztürk-criteria' uit EHRM 21 februari 1984, zaaknr. 8544/79, NJ 1988, 937 m.nt. Alkema, AA 1985, p. 145-154 m.nt. Swart (Öztürk t. Duitsland): Blomberg 2004, p. 157-158; Albers 2002, p. 84-120; Lenos 1998, p. 27-39 en Viering 1994, p. 145-185.

106. De Nederlandse bestuursrechter zoekt reeds aansluiting bij art. 6 EVRM voor de normering van bestuurlijke sancties, zie daarvoor noot 99. De verbondenheid met art. 6 EVRM is er dus wel al, maar mijn voorstel gaat verder en houdt in dat de nationale rechter bij de beoordeling van de vraag of een bestuurlijke sanctie punitief (*criminal*) van aard is de criteria van het EHRM terzake direct hanteert. Zie voor een eerste aanzet hiertoe overigens: ABRvS 2 november 2005, AB 2006, 20 m.nt. Michiels, Gst. (2005) 7242, 196 m.nt. Albers.

107. Zie noot 105 en de daar genoemde literatuur.

pees Gemeenschapsrecht, (on)geschreven rechtsbeginselen en verdragsrecht. Het wetsvoorstel vierde tranche Awb geeft enkele extra waarborgen die in het bijzonder ten aanzien van de bestuurlijke handhaving gelden. Het wetsvoorstel gaat daarbij niet specifiek in op 'de bestuurlijke punitieve sanctie'. Wel normeert het voorstel het opleggen van bestuurlijke sancties in het algemeen en de bestuurlijke boete in het bijzonder. Die normering is ook van toepassing op andere bestuurlijke punitieve sancties of kan van overeenkomstige toepassing worden verklaard.¹⁰⁸ Ook voor de te bieden rechtsbescherming inzake bestuurlijke punitieve sancties heeft men over het algemeen aansluiting gezocht bij het stelsel van de Awb.¹⁰⁹

Nu voert het te ver hier de uit het recht voortvloeiende normering en rechtsbescherming inzake bestuurlijke (punitieve) sancties in zijn geheel te bespreken. Bovendien zullen veel regels terzake niet op alle, maar op bepaalde specifiek aangegeven bestuurlijke sancties van toepassing zijn. Daarom kies ik ervoor een drietal aspecten met betrekking tot de rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties te bespreken waarvan over het algemeen wordt aangenomen dat ze bij het opleggen van alle bestuurlijke punitieve sancties in acht dienen te worden genomen. De hier te bespreken waarborgen vloeien niet (of niet alleen) voort uit het nationale recht, maar (ook) uit het EVRM.¹¹⁰ Het gaat daarbij ten eerste om de al aangehaalde koppeling tussen het begrip punitief en het *criminal charge*-begrip uit artikel 6 EVRM. Als gevolg hiervan zullen bij het opleggen van een bestuurlijke punitieve sanctie de waarborgen uit artikel 6 EVRM in acht dienen te worden genomen. Het tweede aspect dat ik nader zal bespreken betreft de 'volle' evenredigheidstoets. Deze toets houdt in dat de rechter geheel zelf nagaat of de zwaarte van de opgelegde bestuurlijke punitieve sanctie in redelijke verhouding staat tot de ernst van de gepleegde overtreding. Ook deze evenredigheidstoets vloeit voort uit artikel 6 EVRM, hoewel in de nationale jurisprudentie voor het toepassen van deze 'volle' evenredigheidstoets niet altijd aansluiting wordt gezocht bij voormeld artikel. Het derde en laatste aspect dat ter bespreking voorligt, is het feit dat aan de feitenvaststelling en de bewijsvoering bij het opleggen van punitieve bestuurlijke sancties strengere eisen worden gesteld dan bij het opleggen van niet punitieve sancties het geval is. De rol van artikel 6 EVRM lijkt hierbij wat minder prominent te zijn.

3.2.1 *Bestuurlijke punitieve sancties en de waarborgen uit artikel 6 EVRM*

Zoals gezegd wordt in de Nederlandse literatuur een voorbehoud gemaakt ten aanzien van de onverkorte gelijkstelling van punitieve bestuurlijke sancties en het *criminal charge*-begrip uit artikel 6 EVRM. Daarvoor wordt teruggegrepen op het casuïstische karakter van de jurisprudentie van het EHRM en de mogelijkheid dat een naar nationaal recht als punitief aangemerkte bestuurlijke sanctie, door het EHRM niet als

108. De regels die nu specifiek voor de bestuurlijke boete gelden, kunnen blijkens de schakelbepaling 5.4.2.7 vierde tranche Awb overeenkomstig van toepassing worden verklaard op andere bestraffende sancties.

109. Uitzondering vormt het in paragraaf 2.2.2 besproken wetsvoorstel bestuurlijke boete fout parkeren en andere lichte verkeersovertredingen, qua rechtsbescherming wordt daar aangesloten bij het Wahv-regime.

110. Waarbij moet worden aangetekend dat in de vierde tranche Awb een groot deel van de waarborgen voortvloeiend uit art. 6 EVRM is gecodificeerd.

criminal charge wordt beschouwd. Ik kies in dit preadvies voor een andere benadering van het begrip punitief. Welke benadering men ook volgt, de relatie tussen de bestuurlijke punitieve sanctie en het *criminal charge*-begrip bestaat (de vraag is alleen hoe men die relatie op nationaal niveau tegemoet wenst te treden). Het bespreken van de waarborgen van artikel 6 EVRM in dit preadvies over de bestuurlijke punitieve sanctie is dus alleszins gerechtvaardigd.

Artikel 6 EVRM herbergt enkele rechtswaarborgen in zich, bedoeld tot bescherming van degene die wordt onderworpen aan een *criminal charge* (in het Nederlands te vertalen als 'strafvervolging'). Het eerste lid van artikel 6 EVRM geldt daarbij overigens niet alleen in geval van een strafvervolging, maar ook bij de vaststelling van iemands *civil rights and obligations* (burgerlijke rechten en verplichtingen). De rechten die zijn af te leiden uit artikel 6 lid 1 EVRM zijn zodoende niet alleen van toepassing op zaken waarin een punitieve bestuurlijke sanctie wordt opgelegd, maar ook wanneer sprake is van het opleggen van een reparatoire bestuurlijke sanctie (dit via de band van de *civil rights and obligations*). Hierbij moet wel worden aangetekend dat de bescherming onder deze bepaling verdergaande waarborgen biedt wanneer sprake is van bestuurlijke sancties die als *criminal charge* zijn aan te merken, dan wanneer dit niet het geval is. Daarbij moet met name worden gedacht aan de volle evenredigheidstoets. Daarnaast sluit het Hof op dit moment een aantal bestuursrechtelijke geschillen in het geheel uit van de bescherming van artikel 6 EVRM. Op dat laatste kom ik nog terug. Het belangrijkste recht neergelegd in artikel 6 lid 1 EVRM betreft het recht op een eerlijk en openbaar proces, binnen een redelijke termijn, voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.

Het tweede en derde lid van artikel 6 EVRM zien alleen op zaken waarin sprake is van een strafvervolging (en dus ook alleen op bestuurlijke sancties die kunnen worden aangemerkt als *criminal charge*). Het tweede lid behelst de onschuldpresumptie en het derde lid somt een vijftal processuele minimumwaarborgen op die bij het instellen van een strafvervolging in acht dienen te worden genomen. Iemand tegen wie een strafvervolging is ingesteld, heeft in ieder geval:

- het recht om in een voor hem begrijpelijke taal, onmiddellijk en in bijzonderheden op de hoogte te worden gebracht van de aard en de reden van de beschuldiging;
- het recht om te beschikken over de tijd en faciliteiten die nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging;
- het recht om zijn eigen verdediging te voeren, zijn eigen raadsman te kiezen, of – in geval hij niet beschikt over voldoende middelen om zijn verdediging te bekostigen – het recht op gratis rechtsbijstand;
- het recht om getuigen à charge te (doen) ondervragen en het recht om getuigen à décharge op te roepen en te (doen) ondervragen onder dezelfde voorwaarden als de getuigen à charge;
- het recht op kosteloze bijstand van een tolk indien hij de taal welke ter terechtzitting wordt gesproken niet machtig is.

Hoewel niet specifiek genoemd in artikel 6 EVRM wordt op basis van jurisprudentie van het EHRM¹¹¹ in dit artikel ook de nemo tenetur-rechtswaarborg (iemand hoeft niet mee te werken aan zijn eigen veroordeling) en het zwijgrecht, dat daar een belangrijk onderdeel van vormt, gelezen.¹¹² Over elk (sub)onderdeel van artikel 6 EVRM bestaat inmiddels uitgebreide jurisprudentie.¹¹³ Voor onderhavig preadvies volstaat voorgaande korte uiteenzetting van de in artikel 6 EVRM neergelegde waarborgen.

3.2.2 *De evenredigheidstoets bij bestuurlijke punitieve sancties*

Een tweede gevolg van de kwalificatie van een bestuurlijke sanctie als zijnde punitief, is dat de Nederlandse rechter de opgelegde sanctie zoals dat heet 'vol' toetst aan het evenredigheidsbeginsel.¹¹⁴ In dit kader wordt door de rechter de verhouding tussen de ernst van de overtreding en de zwaarte van de sanctie, alsmede de verhouding tussen de draagkracht van de overtreder en de zwaarte van de sanctie bezien. Deze volle evenredigheidstoets vindt zelfs plaats wanneer de wetgever het sanctiebedrag reeds heeft voorgeschreven. Verschil met het opleggen van een reparatoire bestuurlijke sanctie is dat de rechter in dat laatste geval de evenredigheid van de opgelegde sanctie slechts marginaal toetst en dan alleen indien het bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid toekwam bij het opleggen van de sanctie.¹¹⁵ Het is belangrijk hierbij op te merken dat de rechter alleen de zwaarte van de sanctie vol aan het evenredigheidsbeginsel toetst. De rechter toetst niet vol of het opleggen van de bestuurlijke punitieve sanctie zelf evenredig is; die beslissing dient hij marginaal te toetsen.¹¹⁶ Wel kan het zo zijn dat de volle toets van het aspect van de zwaarte aan de sanctie aan het evenredigheidsbeginsel zodanig uitpakt dat de 'beslissing of' wordt aangetast. Jansen noemt als ondergrens het ontbreken van elke verwijtbaarheid.¹¹⁷ Ook in het wetsontwerp van de

111. EHRM 23 februari 1993, zaaknr. 10828/84, NJ 1993, 485 m.nt. Knigge, NJCM-Bulletin 1993, p. 584 e.v. m.nt. Myjer (Funke t. Frankrijk) par. 44; EHRM 8 februari 1996, zaaknr. 18731/91, NJ 1996 m.nt. Knigge (Murray t. Verenigd Koninkrijk) par. 45; EHRM 17 december 1996, zaaknr. 19187/91, NJ 1997, 699, NJCM-Bulletin 1997, p. 298 e.v. m.nt. Myjer (Saunders t. Verenigd Koninkrijk) par. 68 en EHRM 3 mei 2001, zaaknr. 31827/96, NJ 2003, 354 m.nt. Schalken, NJCM-Bulletin 2002, 606 m.nt. Lenos (J.B. t. Zwitserland) par. 64.

112. Voor een heldere 'update' terzake: A.R. Hartmann, De Gordiaanse knoop van medewerkingsplicht en zwijgrecht. Een EHRM-update aan de hand van Weh v. Oostenrijk, Strafol 2004, p. 170-178.

113. Te vinden via 'hudoc' de zoekmachine op de site van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>. Ter bespreking van deze jurisprudentie is (uiteraard) ook een grote hoeveelheid literatuur verschenen. Viering bespreekt in zijn dissertatie de reikwijdte van art. 6 EVRM, maar deze dissertatie is wel al weer afkomstig uit 1994 (Viering 1994). Meer recent: Barkhuysen, Van Emmerik & Loof 2000, p. 382-402. Verder komt in veel boeken die in de literatuurlijst van dit preadvies zijn opgenomen art. 6 EVRM uitgebreid aan de orde. Zie voor een bespreking van de 'leading cases' van het EHRM (waaronder natuurlijk zaken m.b.t. art. 6 EVRM), inclusief literatuurverwijzingen: Lawson & Schermers 1999.

114. Zie: ABRvS 4 juni 1996, JB 1996, 172 m.nt. Van der Linden (waarin de Afdeling voor wat betreft de toetsing van punitieve bestuurlijke sancties een nuancering aanbrengt op de hoofdregel, dat zij besluiten van bestuursorganen genomen op basis van een discretionaire bevoegdheid slechts marginaal toetst). Voor twee willekeurige voorbeelden van volle toetsing aan het evenredigheidsbeginsel door het College van Beroep, resp. de Centrale Raad: CBB 5 april 2005, AWB 03/739, www.rechtspraak.nl resp. CRvB 9 juni 2005, RSV 2005, 235. De Hoge Raad (als belastingrechter) toetst al sinds 1982 zelf of alle in het geding zijnde belangen correct zijn meegewogen: HR 8 december 1982, BNB 1983, 50 m.nt. Simons. Zie over die laatste uitspraak: P.G. Wiewel, Rechtsbescherming tegen bestraffing. Een onderzoek naar de rechterlijke toetsingsgronden bij het opleggen van bestuurlijke boeten en de vergelijkbare beslissingen in strafzaken (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 114 en 170.

115. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 442-443. Van de Griend 2003, p. 13 en p. 24-26.

116. Jansen 2000, p. 47-48.

117. Ibidem, p. 48.

vierde tranche Awb staat het ontbreken van de verwijtbaarheid van de gedraging in de weg aan het opleggen van een bestuurlijke boete (artikel 5.4.1.2 vierde tranche). Daarnaast wijst Jansen op de situatie waarin de hoogte van de punitieve sanctie wettelijk is voorgeschreven, maar daardoor in een concreet geval niet laag genoeg kan zijn om aan het evenredigheidsbeginsel te voldoen. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) heeft in zo een geval bepaald dat de sanctie – in casu betrof het een bestuurlijke boete wegens ten onrechte ontvangen huursubsidie – in dat geval in het geheel achterwege diende te blijven.¹¹⁸

Over de grondslag voor de volle evenredigheidstoets wordt verschillend gedacht. Het EHRM bepaalde al in 1981 en 1982, dat artikel 6 EVRM eist dat de rechter de evenredigheid van een sanctie kan toetsen.¹¹⁹ In de Malige-uitspraak stelde het Hof dat het ook is toegestaan dat de *wetgever* de afweging maakt welke sanctie ten overstaan van een bepaalde gedraging evenredig moet worden geacht, mits de rechter wel kan toetsen of de betreffende wettelijke regeling inzake dergelijke wettelijk gefixeerde boetes juist is toegepast.¹²⁰ De Afdeling heeft uitdrukkelijk bepaald dat het evenredigheidsbeginsel in artikel 6 EVRM besloten ligt.¹²¹ Het uitvoeren van een ‘volle’ evenredigheidstoets inzake de zwaarte van de opgelegde sanctie geschiedt op nationaal niveau echter lang niet altijd (uitdrukkelijk) op basis van artikel 6 EVRM. Alle Nederlandse bestuursrechters lijken de toets wel uit te voeren, doch verwijzen daarbij niet altijd naar artikel 6 EVRM, maar ook wel naar het bepaalde in artikel 3:4 lid 2 Awb.¹²² Een (al dan niet aanvullende) rol van artikel 6 EVRM blijft echter noodzakelijk. Zonder het in artikel 6 EVRM neergelegde evenredigheidsbeginsel zou de volle evenredigheidstoets van een opgelegde sanctie waarbij het bestuur ten gevolge van een formele wet geen beleidsvrijheid toekomt niet mogelijk zijn.¹²³ Daarnaast verhindert het toetsingsverbod uit artikel 120 van de Grondwet (Gw) de toetsing van in een formele wet neergelegd sanctiestelsel aan een in de nationale rechtspraak ontwikkeld ongeschreven evenredigheidsbeginsel.¹²⁴

118. Ibidem, p. 48 en 49 en de daar aangehaalde uitspraak: ABRvS 8 maart 1999, RAwb 1999, 116 m.nt. Jansen.

119. EHRM 23 juni 1981, zaaknr. 6878/75 en 7238/75, NJ 1982, 602 (Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België) en EHRM 10 februari 1982, zaaknr. 7299/75 en 7496/76, NJ 1987, 315 (Albert en Le Compte t. België). Anders overigens: M. Kuijter & E.E.V. Lenos, Proportionaliteit van sancties: een taak van de rechter of van de wetgever?, NJCM-Bulletin 2000, p. 878, die menen dat de evenredigheidstoets niet in zijn algemeenheid uit voornoemde zaken valt af te leiden.

120. EHRM 23 september 1998, zaaknr. 68/1997/852/1059, NJCM-Bulletin 2000, p. 873-879 m.nt. Kuijter & Lenos (Malige t. Frankrijk). Zie hieromtrent ook Barkhuysen 2004, p. 64 en zijn opmerking dat de jurisprudentie hieromtrent nog niet uitgekristalliseerd lijkt.

121. ABRvS 15 april 1999, JB 1999, 151 m.nt. Albers.

122. Of naar geen van beide bepalingen: ABRvS 30 maart 2001, JB 2001, 129 m.nt. Albers, AB 2001, 189 m.nt. Damen. Een voorbeeld waarin de CRvB voor de volle evenredigheidstoets steun zoekt bij art. 3:4 lid 2 Awb: CRvB 23 januari 1997, USZ 1997, 58, JB 1997, 70 m.nt. Van der Linden. Zie uitgebreider over de wijze waarop de Centrale Raad bestuurlijke punitieve sancties toetst aan het evenredigheidsbeginsel: L.J.J. Rogier, Enkele strafrechtelijke begrippen en beginselen in de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep, in: R.M. Van Male e.a. (red.), Centrale Raad van Beroep 1903-2003, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 177-195. De op p. 190-194 besproken jurisprudentie toont aan dat in zaken voor de Centrale Raad het evenredigheidsbeginsel veelal in wettelijke bepalingen is neergelegd. Het CBB haakt voor de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel ook wel aan bij art. 3:4 lid 2 Awb: CBB 6 november 1996, AB 1997, 161 m.nt. van der Veen. Er zijn ook (recentere) uitspraken waarin voor toetsing van de evenredigheid tussen de hoogte van de sanctie en de zwaarte van de overtreding rechtstreeks naar art. 6 EVRM wordt verwezen: CBB 5 april 2005, nr. AWB 03/739 en nr. AWB 04/48, www.rechtspraak.nl. In CBB 16 juni 2005, nr. AWB 04/359 wordt echter noch naar art. 3:4 lid 2 Awb, noch naar art. 6 EVRM verwezen, eveneens via www.rechtspraak.nl.

123. Van de Griend 2003, p. 28; Jansen 2000, p. 46 en Vermeulen in zijn noot bij ABRvS 29 maart 1999, AB 1999, 229.

124. HR 14 april 1989, NJ 1989, 469, AB 1989, 207 (Harmonisatiewet).

3.2.3 *Extra eisen aan de feitenvaststelling en de bewijsvoering*

Misschien nog wel belangrijker dan de hiervoor besproken ‘volle’ evenredigheidstoets, zijn de extra eisen die de nationale bestuursrechter stelt ten aanzien van de feitenvaststelling en de bewijsvoering wanneer het bestuur een punitieve bestuurlijke sanctie wenst op te leggen. Wanneer er een niet-punitieve sanctie aan de rechter wordt voorgelegd, toetst deze de feitenvaststelling en de bewijsvoering door het bestuur marginaal. De diepgang van het rechterlijke onderzoek inzake de feitenvaststelling en de bewijsvoering neemt echter toe als er een punitieve bestuurlijke sanctie in het geding is. De Afdeling overweegt hieromtrent steeds (in soortgelijke bewoordingen) dat aan de bewijsvoering van de overtreding en de motivering van het sanctiebesluit strenge eisen worden gesteld.¹²⁵ De Centrale Raad van Beroep (CRvB) eist dat onomstotelijk is komen vast te staan dat degene die een punitieve sanctie krijgt opgelegd de gesanctioneerde gedraging ook daadwerkelijk heeft gepleegd.¹²⁶ De grondslag voor deze strenge eisen wordt door beide bestuursrechters niet uitdrukkelijk in artikel 6 EVRM gezocht. Dit heeft waarschijnlijk te maken met het feit dat het Hof het stellen van bewijsregels in beginsel aan de nationale staten laat. De eisen die het EHRM stelt aan een behoorlijk proces kunnen die vrijheid echter beperken.¹²⁷ Overigens legt de Afdeling in een uitspraak van 22 mei 2002 wel een direct verband tussen het voorhanden zijn van voldoende bewijs en de onschuldpresumptie uit artikel 6 lid 2 EVRM.¹²⁸ Het is denkbaar dat de Nederlandse bestuursrechter de extra eisen met betrekking tot de feitenvaststelling en de bewijsvoering ten aanzien van bestuurlijke punitieve sancties stelt met het *fair trial*-beginsel van artikel 6 EVRM in het achterhoofd.

3.3 **Résumé**

In de voorgaande paragraaf is aandacht besteed aan een drietal belangrijke aspecten met betrekking tot de rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties. Met het oog op het volgende hoofdstuk van dit preadvies is het nuttig om het in paragraaf 3.1 besprokene nog even op een rij te zetten. Daar is ingegaan op de wijze waarop volgens de heersende opvatting het punitieve karakter van een bestuurlijke sanctie wordt vastgesteld. Het hoofdcriterium dat nu wordt gehanteerd om het punitieve karakter van een bestuurlijke sanctie vast te stellen – het oogmerk tot leedtoevoeging – is hanteerbaar bij die sancties waarvan het oogmerk reeds geobjectiveerd is. Wanneer men bestuurlijke sancties wil onderzoeken waarvan het karakter diffuus is (en zelfs van geval tot geval kan verschillen), biedt dit oogmerk-criterium minder houvast. Om het begrip punitief nader invulling te geven is in dit preadvies voorgesteld om onder punitief

125. ABRvS 15 februari 2001, AB 2001, 194 m.nt. Schueler en JB 2001 m.nt. Albers; ABRvS 7 augustus 2002, AB 2003, 176 m.nt. Jansen en JB 2002, 279 m.nt. Geers. Zie ook Albers 2002, p. 215-216.

126. CRvB 18 oktober 2001, TAR 2002, 6 en Albers *supra* noot 125.

127. M.b.t. het onderzoek naar de feiten en het recht in het kader van het recht op toegang tot de rechter: EHRM 17 december 1996, Terra Woningen BV t. Nederland, NJCM-Bulletin 1997, p. 617 e.v. m.nt. Viering. Zie ook Jansen 2004, p. 16-18; Barkhuysen, Van Emmerik & Loof 2000, p. 386 en Jansen in zijn noot bij ABRvS 7 augustus 2002 in AB 2003, 176.

128. ABRvS 22 mei 2002, AB 2003, 177 m.nt. Jansen.

hetzelfde te verstaan als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM. Het karakter van een bestuurlijke sanctie kan dan worden vastgesteld met de criteria die het EHRM hanteert om vast te stellen of sprake is van een *criminal charge*. Van de drie criteria die het EHRM hanteert bij de invulling van de term *criminal charge* ligt het zwaartepunt bij de vraag of het doel van de sanctie *deterrent and punitive* is. Ik erken daarbij onmiddellijk dat het toetsingskader van het Hof in die zin niet gemakkelijker hanteerbaar is dan het op nationaal niveau ontwikkelde oogmerk-criterium. Het Hof lijkt wel iets minder gewicht toe te kennen aan het gezichtspunt van degene die de sanctie oplegt en het sanctiezwaarte-criterium biedt mogelijkheden om meer oog te hebben voor de positie van degene die de sanctie krijgt opgelegd. Ik kom hierop in hoofdstuk 4 terug.

4 De rechtsbescherming bij bestuurlijke (punitieve) sancties kritisch beschouwd

In het vorige hoofdstuk is ingegaan op ‘de’ bestuurlijke punitieve sanctie. In het bijzonder is daarbij stilgestaan bij een drietal aspecten inzake de rechtsbescherming bij het opleggen van bestuurlijke punitieve sancties. Doel van dit preadvies is – naast het geven van een algemene inleiding tot het verschijnsel van de bestuurlijke punitieve sanctie – de rechtsbescherming ten aanzien van de bestuurlijke punitieve sanctie aan de hand van een tweetal vragen aan een kritische blik te onderwerpen. In paragraaf 4.1 zal eerst worden ingegaan op de vraag of ten aanzien van alle bestuurlijke punitieve sancties het volledig beschikbare stelsel aan rechtsbescherming in aanmerking dient te worden genomen, of dat ten aanzien van de ‘lichtere’ punitieve sancties ook een lichter beschermingsregime zou kunnen gelden. Hierbij zal er ook aandacht zijn voor de in paragraaf 3.1.1 bepleite gelijkstelling van de begrippen punitief en *criminal charge*. In de literatuur wordt namelijk wel voorgesteld om bepaalde sancties die op basis van de nationaalrechtelijke criteria een punitief karakter toe valt te dichten, niet aan te merken als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM. Dit om te komen tot een lichter rechtsbeschermingsregime. Hier biedt mijn voorstel geen ruimte voor. Daarom zal ik in paragraaf 4.1 de vraag aan de orde stellen of, en zo ja, hoe binnen mijn voorstel eenzelfde resultaat kan worden bereikt. In paragraaf 4.2 stel ik de vraag naar de andere kant van de medaille: verdient het geen aanbeveling om ten aanzien van bepaalde, ingrijpende reparatoire sancties niet een vergelijkbaar niveau van rechtsbescherming te hanteren als men bij het opleggen van punitieve sancties gewoon is?

4.1 De ‘lichte’ punitieve bestuurlijke sanctie: een overdaad aan rechtsbescherming?

Overdaad schaadt, een bekend cliché, maar het is wellicht van toepassing op het huidige niveau van rechtsbescherming dat wordt geboden aan alle, maar met name de ‘lichte’ bestuurlijke punitieve sancties. Vooropgesteld zij dat in dit preadvies niet zal worden ingegaan op de vraag waar de grens tussen licht en zwaar (of ‘gewoon’) precies

ligt.¹²⁹ Als voorbeeld van lichte bestuurlijke punitieve sancties zouden kunnen gelden de boetes uit het wetsvoorstel bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte.¹³⁰ Dit wetsvoorstel voorziet, zoals bekend, in de mogelijkheid voor gemeenten om te kiezen voor het opleggen van (lage) bestuurlijke boetes door daartoe aangewezen gemeente-ambtenaren in plaats van het volgen van de strafrechtelijke weg, om zo een lik-op-stuk-beleid te kunnen voeren tegen veelvoorkomende overlast op straat. Voor boetes van gemiddeld € 40¹³¹ kan het gehele rechtsbeschermingregime uit de Awb¹³² en uit de nationale en Europese jurisprudentie inzake artikel 6 EVRM¹³³ worden aangewend. De vraag die in deze paragraaf – als gevolg van mijn principiële gelijkstelling van de begrippen punitief en *criminal charge* – centraal zal staan, richt zich met name op het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM. Is het wenselijk dat dit artikel ook voor bescherming jegens lichte bestuurlijke punitieve sancties kan worden ingeroepen en bestaan er mogelijkheden dergelijke sancties van de extra, zo te noemen *criminal charge*-bescherming van artikel 6 EVRM uit te sluiten?

Het bepleiten van een beperktere rechtsbescherming bij relatief lage bestuurlijke punitieve sancties is niet nieuw. Met name ten aanzien van lage bestuurlijke boetes wordt wel geopperd om de werking van artikel 6 EVRM te beperken. In 1995 introduceert Wattel het kniesoor-beginsel dat hij oorspronkelijk ontleent aan een uitspraak van de Hoge Raad over de toepassing van het discriminatieverbod ex artikel 26 IVBPR. Het hieruit voortvloeiende gelijkheidsbeginsel stond volgens de Hoge Raad niet in de weg aan de heffing van een reinigingsrecht van een vast bedrag per huishouden per jaar, ongeacht het aantal leden van de huishouding, nu het ging om een bedrag van f 88,20.¹³⁴ Wattel pleit voor een ruimere toepassing van dit beginsel. Uit de Bendenoun-uitspraak leidt hij bovendien af, dat ook het EHRM van mening is, dat niet alle bestuurlijke sanctiezaken kunnen worden opgetuigd met de waarborgen uit artikel 6 EVRM.¹³⁵ Daarnaast stelt Blomberg in haar VAR-preadvies van 2004 dat niet alle bestuurlijke punitieve sancties als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM dienen te worden aangemerkt. Zij denkt hierbij in eerste instantie aan lage boetes voor feiten die weinig tot niets (meer) met het strafrecht te maken hebben en vraagt zich af of alle waarborgen van artikel 6 lid 2 en 3 EVRM in het geval dergelijke sancties worden opgelegd, wel nodig zijn.¹³⁶ Lezing van het verslag van de algemene vergadering waarin onder meer het preadvies van Blomberg werd besproken, maakt duidelijk dat Blomberg de kwalificatie *criminal charge* ook wil loslaten ten aanzien van sancties die slechts

129. Een onderzoek naar die vraag vormt enerzijds de basis (bestaan er lichte punitieve sancties, en zo ja, welke zijn dat dan, of aan de hand van welke criteria kan worden vastgesteld of sprake is van zo een lichte punitieve sanctie). Anderzijds kan men ook beginnen bij de meer fundamentele vraag of het wenselijk is om ten aanzien van lichte punitieve sancties – ervan uitgaande dat deze bestaan – het niveau van rechtsbescherming neerwaarts bij te stellen.

130. Zie noot 56.

131. Kamerstukken II 2004/05, 30 101, nr. 3, p. 20.

132. Ibidem, p. 15 e.v.

133. Het EHRM heeft vooralsnog immers niet principieel bepaald dat bestuurlijke boetes wegens een geringe hoogte niet onder art. 6 EVRM vallen.

134. De zaak was aanhangig gemaakt door iemand die alleenwonend was: Wattel 1995, p. 209.

135. Wattel 1995, p. 221.

136. Blomberg 2004, p. 187.

gedeeltelijk als punitief kunnen worden aangemerkt.¹³⁷ Als voorbeeld noemt zij de intrekking van een subsidiebeschikking waarbij het zwijgrecht niet onverkort van toepassing zou hoeven zijn. Het 'lichte' zit er in dit voorbeeld in dat de sanctie slechts voor een gedeelte als punitief is aan te merken.

Ik denk dat het goed is om na te denken over de vraag die in deze paragraaf centraal staat. Het feit dat deze vraag op komt, lijkt overigens het gevolg van de huidige benadering van het begrip punitief. Zoals in paragraaf 3.1 van dit preadvies aan de orde is geweest, is de zwaarte van de sanctie volgens de huidige opvattingen niet van belang voor het bepalen van het karakter van de sanctie.¹³⁸ Hoe de sanctie wordt ervaren door de overtreder speelt evenmin een rol. Aan de hand van het criterium van het geobjectiverde oogmerk worden alle en dus ook de lichte bestuurlijke boetes als punitief aangemerkt. Het probleem daarbij is dat zo ook ten aanzien van strikt genomen wel op leedtoevoeging gerichte, maar niet ingrijpende sancties een zwaar regime van rechtsbescherming geldt. Men kan zich allereerst heel praktisch afvragen of de kosten en tijd om dit regime te effectueren ten aanzien van lichte bestuurlijke punitieve sancties in redelijke verhouding staan tot de te beschermen belangen. Principiëler is de vraag of de rechtswaarborgen niet zullen devalueren. Dient de *criminal charge*-rechtsbescherming uit artikel 6 EVRM niet te worden voorbehouden aan zaken waarin grotere belangen spelen? Ik zou zelf een combinatie van beide argumenten naar voren willen schuiven om aan te geven dat het steeds toekennen van het volledige 'pakket' aan *criminal charge*-rechtsbescherming ex artikel 6 EVRM bij lichte bestuurlijke punitieve sancties niet de voorkeur verdient. Het te pas en te onpas van toepassing verklaren van alle waarborgen van dit artikel kan ten eerste leiden tot onwerkbaar situaties voor bestuur én rechter. Daarnaast bestaat het gevaar dat de waarborgen een minder fundamenteel karakter krijgen, juist omdat het toepassen van het volledige arsenaal aan rechtsbescherming onwerkbaar blijkt en er daarom concessies dienen te worden gedaan aan de intensiteit van de bescherming.¹³⁹

Mijn probleem met de oplossing van Blomberg is dat ik geen voorstander ben van het (nog verder) scheiden van de begrippen punitief en *criminal charge*. Een dergelijke scheiding zou een onwenselijke verwijdering van de nationale jurisprudentie inzake de bestuurlijke punitieve sanctie van de Europese jurisprudentie inzake de *criminal charge* tot gevolg kunnen hebben. Daarbij is het de vraag wie, hoe gaat bepalen dat een bestuurlijke sanctie wel punitief, maar geen *criminal charge* is. Bovendien kan een gelijkstelling van de begrippen punitief en *criminal charge* in die zin uitkomst bieden, nu mijns inziens juist in de Europese jurisprudentie een mogelijkheid tot een oplossing voor het in deze paragraaf aan de orde zijnde vraagstuk besloten ligt. Bij het beantwoorden van de vraag of met het opleggen van een bestuurlijke sanctie sprake is

137. De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht. Verslag van de algemene vergadering gehouden op 14 mei 2004 ter behandeling van de preadviezen van mr. T. Barkhuysen, mr. A.B. Blomberg, mr. M.K. Bulterman en prof. mr. J.M. Verschuuren (VAR-reeks 133), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 74.

138. De zwaarte van de sanctie komt alleen in beeld bij de vraag naar de evenredigheid tussen de opgelegde sanctie en de geschonden norm. Bij het bepalen van het karakter van de sanctie speelt de zwaarte van de sanctie geen rol.

139. Vgl. Wattel 1995, p. 221, waar hij spreekt over de inflatie van de waarborgen van art. 6 EVRM als deze niet worden voorbehouden aan de bestuurlijke sanctiezaken 'die wél ergens over gaan.'

van een *criminal charge* besteedt het EHRM immers niet alleen aandacht aan de classificatie van de overtreding naar nationaal recht en de aard van de overtreding, maar ook aan de aard en de *zwaarte* van de sanctie.¹⁴⁰ De ontvankelijkheidsbeslissing van het EHRM in de zaak Morel lijkt aan te tonen dat het Hof bereid is om enkel op basis van laatstgenoemd sanctiezwaarte-criterium lichte en voor het overige punitieve bestuurlijke sancties uit te sluiten van de *criminal charge*-bescherming van artikel 6 EVRM. In voornoemde beslissing achtte het Hof een in het kader van het belastingrecht opgelegde boete, terwijl deze voldeed aan de overige '*criminal charge*-criteria', onvoldoende substantieel om als *criminal charge* ex artikel 6 EVRM te kunnen worden beschouwd.¹⁴¹ Morel t. Frankrijk vormt in de terminologie Wattel wellicht een eerste indicatie voor het ontstaan van een Europees kniesoor-beginsel. Het verdient mijns inziens aanbeveling dat het Hof de Morel-lijn doorzet en zo de bijzondere *criminal charge*-rechtsbescherming uit het EVRM op die manier voorbehoudt aan zaken waarin fundamentele kwesties spelen.¹⁴² Dit betekent dat het Hof afstand doet van de jurisprudentie waarin ook ten aanzien van relatief lichte bestuurlijke punitieve sancties alle waarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing worden verklaard.

Wanneer het voorgaande wordt teruggekoppeld met het voorstel uit paragraaf 3.1.1 tot het op één lijn stellen van de begrippen punitief en *criminal charge*, zou dit betekenen dat de boete in de zaak Morel ook niet als een bestuurlijke punitieve sanctie kan worden aangemerkt. Ik acht dit niet problematisch, maar besef terdege dat deze benadering van de bestuurlijke punitieve sanctie niet goed past in het huidige model waarin op basis van louter het oogmerk-criterium de punitieve aard van de sanctie wordt vastgesteld. Ook indien men niet bereid is om de begrippen punitief en *criminal charge* op één lijn te stellen, verdient het mijns inziens echter aanbeveling meer toenadering tot de hopelijk verder te ontwikkelen Morel-lijn in de jurisprudentie van het EHRM te zoeken. Op nationaal niveau zou een vergelijkbaar sanctiezwaarte-criterium ontwikkeld kunnen worden om de problematiek van de lichte bestuurlijke punitieve sanctie het hoofd te bieden. Dit laatste verdient echter niet mijn voorkeur, het gevaar bestaat immers dat de nationale rechter overgaat tot het bieden van een lager niveau van rechtsbescherming dan het EVRM vereist.

Het volgen van mijn voorstel leidt er overigens wel toe dat ook het wetsvoorstel inzake de vierde tranche Awb aanpassing behoeft. Ten aanzien van de daarin gecodificeerde bepalingen die typisch op de artikel 6 EVRM-leest zijn geschoeid, dient te worden vastgelegd dat deze niet van toepassing zijn op bepaalde uit de EHRM jurisprudentie af te leiden 'lichte' bestuurlijke punitieve sancties.

140. Zie hierover uitgebreider par. 3.1.1 van onderhavig preadvies en de literatuur zoals vermeld in noot 104.

141. EHRM 3 juni 2003, zaaknr. 54559/00, FED 2004, 122 m.nt. Thomas (Morel t. Frankrijk).

142. Vgl. Barkhuysen 2004, p. 107.

4.2 De 'zware' reparatoire bestuurlijke sanctie: ondergeschoven kind van de rechtsbescherming?

Naast de vraag of bepaalde 'lichte' bestuurlijke punitieve sancties af zouden kunnen met minder rechtsbescherming zou men zich ook de vraag kunnen stellen of het aanbeveling verdient bij het opleggen van 'zware' reparatoire sancties juist meer rechtsbescherming te bieden. Het niveau van rechtsbescherming wordt vooralsnog opgehangen aan de aard van de sanctie. Is de sanctie punitief van aard dan geniet degene die de sanctie krijgt opgelegd meer rechtsbescherming dan wanneer hem een sanctie van reparatoire aard wordt opgelegd. De hiervoor gestelde vraag wordt daardoor vaak geplaatst in het onderscheid punitief/reparatoir zelf. Men stelt zich dan de vraag of de ingrijpendheid van een bestuurlijke sanctie een rol zou moeten spelen bij het bepalen van de aard van de sanctie. In de huidige benadering van de begrippen punitief en reparatoir is hiervoor zoals bekend echter geen plaats. Hoe ingrijpend een reparatoire sanctie met andere woorden ook is – of ervaren wordt – voor het karakter van de sanctie en zodoende ook voor de mate van rechtsbescherming die de overtreder geniet, doet dat aspect van de sanctie volgens de heersende opvattingen niet terzake (vergelijk paragrafen 3.1 en 4.1 van dit preadvies).

Hazewindus achtte het in zijn proefschrift van 1994 voorstelbaar en verdedigbaar om het onderscheid tussen reparatoire en punitieve sancties vorm te geven door uit te gaan van de mate waarin een opgelegde sanctie iemands belang schendt.¹⁴³ Het niveau aan rechtsbescherming neemt dan toe al naargelang de inbreuk op het belang van de gesanctioneerde persoon zwaarder wordt. Hazewindus is echter de eerste om toe te geven dat 'belang' een subjectief begrip is. Hij kiest er dan ook voor om het onderscheid punitief/situatief¹⁴⁴ te hanteren, omdat dit zou aansluiten bij de jurisprudentie van het EHRM over de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM op bestuurlijke sancties. Daarbij merkt hij op dat onderscheid punitief/situatief niet het enige of het beste onderscheid is, maar dat je nu eenmaal niet meer om artikel 6 EVRM heen kunt. De invloed van artikel 6 EVRM op het bestuurlijke sanctierecht is sinds het verschijnen van het proefschrift van Hazewindus zeker niet afgenomen. Ik ben het dus met hem eens dat het verstandig is aansluiting te zoeken bij de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot artikel 6 EVRM. Sterker nog, ik pleit in dit preadvies zelfs voor een gelijkstelling van de begrippen punitief en *criminal charge*. Ik wil aan de opmerking van Hazewindus wel toevoegen dat juist in de jurisprudentie van het EHRM inzake het begrip *criminal charge* enige ruimte is voor het meewegen van het criterium van de 'mate van schending van iemands belang'. Het in de vorige paragraaf reeds besproken sanctiezwaarte-criterium schept wellicht mogelijkheden om de zwaarte van de inbreuk op iemands belang, veroorzaakt door het opleggen van de sanctie, mee te wegen bij het beoordelen van de aard van de betreffende sanctie.

143. Hazewindus 1994, p. 94-95.

144. Situatief is een andere term voor reparatoir. Met de term 'situatieve sanctie' wordt aangegeven dat met het opleggen van een dergelijke sanctie gepoogd wordt een illegale *situatie* weer in overeenstemming met het recht te brengen: Hazewindus 1994, p. 16.

De vraag is echter of het wenselijk is om een – gezien naar het doel van de sanctie – reparatoire sanctie op basis van zijn ingrijpendheid onder het *criminal charge*-begrip uit artikel 6 EVRM te plaatsen, als gevolg waarvan *alle* waarborgen uit dat artikel bij het opleggen van dergelijke sancties in acht dienen te worden genomen. Bovendien is het maar de vraag of het Hof het sanctiezwaarte-criterium op deze manier zal toepassen. Gezien het oorspronkelijk gebruik van dat criterium acht ik die kans klein.¹⁴⁵ Anderzijds lijkt het me wel wenselijk ingrijpende reparatoire sancties met meer rechtsbescherming te omkleden dan thans het geval is. Bröring stelt in zijn in oktober 2005 verschenen monografie omtrent de bestuurlijke boete dat een sanctiestelsel waarin 'de rechtswaarborgen verschillen naar gelang van de mate van ingrijpendheid van de beslissing' beter aansluit bij de belevingswereld van de burger.¹⁴⁶ Het onverkort vasthouden aan het huidige niveau van rechtsbescherming ten aanzien van de reparatoire sanctie is dan wellicht onverstandig. Daarmee sluit de juridische wereld de belevingswereld van de burger grotendeels uit, wat rechtsvervreemding in de hand kan werken.¹⁴⁷

Er resten dan nog twee wegen om verdergaande rechtsbescherming voor ingrijpende reparatoire sancties te bepleiten.¹⁴⁸ Ten eerste zou op nationaal niveau de zwaarte van de sanctie een eigen plaats in het toetsingskader van de bestuurlijke sancties kunnen krijgen. Nadat op basis van de huidige nationale, dan wel de *criminal charge*-criteria het karakter van een sanctie als reparatoir of niet-*criminal* is vastgesteld, zou vervolgens nog apart de vraag naar de ingrijpendheid van de sanctie voor de persoon in kwestie kunnen worden gesteld. Deze 'persoonlijke toets' sluit aan bij de gevolgen die ik in ieder geval zou willen zien indien er sprake is van een ingrijpende reparatoire bestuurlijke sanctie: een volle evenredigheidstoets door de rechter en de intensieve rechterlijke controle van de feitenvaststelling en de bewijsvoering bij het opleggen van een ingrijpende bestuurlijke sanctie. Voor de tweede oplossing dient te worden bedacht dat vrijwel alle bestuursrechtelijke geschillen via het begrip *civil rights and obligations* onder het toepassingsbereik van artikel 6 lid 1 EVRM vallen.¹⁴⁹ De bestuurlijke sanctie die niet als *criminal charge* kan worden aangemerkt, zal meestentijds via de term *civil rights and obligations* de bescherming van artikel 6 lid 1 EVRM genieten. Mijn voorstel zou zijn dat het Hof wat betreft de intensiteit van de op grond daarvan van toepassing zijnde waarborgen gaat differentiëren naar de mate van ingrijpendheid van de bestuurlijke sanctie in kwestie. Dus naarmate een naar het doel bekeken reparatoire sanctie een meer ingrijpend karakter krijgt, zou het Hof de intensiteit van de bescherming van de in artikel 6 lid 1 EVRM neergelegde waarborgen dienen te verhogen. Op basis van

145. Wanneer een sanctie door het EHRM niet als *criminal* kan worden aangemerkt op basis van de twee eerder in de hoofdtekst genoemde criteria kan het sanctiezwaarte-criterium vaak alleen nog voor het etiket *criminal* zorgen in geval het een vrijheidsbenemende sanctie betreft, of een geldelijke sanctie die in een vrijheidsbenemende sanctie kan worden omgezet: Albers 2002, p. 102-110; Lenos 1998, p. 34-37 en Viering 1994, p. 166-175 en par. 3.1.1 van dit preadvies.

146. Bröring 2005, p. 41.

147. Ibidem.

148. Bij ingrijpende reparatoire sancties denk ik vooral aan hoge lasten onder dwangsom en de definitieve intrekking van een (verblijfs)vergunning. Waarbij het ten aanzien van het vreemdelingenrecht problematisch is dat naar de huidige stand van de jurisprudentie van het EHRM zaken met betrekking tot de toegang, het verblijf en de uitzetting van vreemdelingen niet onder het bereik van art. 6 EVRM vallen: EHRM 5 oktober 2000, zaaknr. 39652/98, JV 2000, 264 m.nt. Boeles, AB 2001, 80 m.nt. Battjes, NJCM-Bulletin 2001, p. 762-779 m.nt. Kuijer (Maaouia t. Frankrijk).

149. Jansen 2004, p. 10 en Barkhuysen, Van Emmerik & Loof 2000, p. 384.

het aan artikel 6 lid 1 EVRM ontleende recht op *full jurisdiction* zou bij ingrijpende bestuurlijke sancties die geen *criminal charge* vormen toch een volle rechterlijke evenredigheidstoets en een intensiever rechterlijk onderzoek naar het recht én de feiten kunnen plaatsvinden. Het Hof zou een zo te noemen *civil rights and obligations* ‘plus’ rechtsbeschermingskader dienen te ontwikkelen.

4.3 Enkele korte (slot)opmerkingen over de uitwerking van beide voorstellen

In paragraaf 4.1 heb ik aangegeven dat ik het verdedigbaar acht om lichte bestuurlijke punitieve sancties uit te sluiten van de extra *criminal charge*-bescherming van artikel 6 EVRM. Aan het begin van de genoemde paragraaf heb ik aangegeven dat ik niet in zou gaan op de precieze grens tussen ‘lichte’ en ‘zware’ bestuurlijke punitieve sancties. Ik erken op deze plaats meteen dat mijn voorstel in die zin niet volledig is. De bedoelde grens is moeilijk in algemene zin vast te stellen. Introductie van het Europese sanctiezwaarte-criterium door middel van verdergaande toepassing van de Morel-beslissing (welke weg mijn voorkeur heeft boven de introductie van een nationaalrechtelijk sanctiezwaarte-criterium) zal zeker in de beginfase leiden tot meer casuïstische rechtspraak. Toch worden ook nu al in de wetgeving grenzen getrokken ten aanzien van de hoogte van bijvoorbeeld de bestuurlijke boete met betrekking tot de geldende waarborgen bij het opleggen van die boetes (zie artikel 5.4.2.6 vierde tranche Awb, zij het dat de bijzondere wetgever daarvan af kan wijken). Ik ga er dan ook vanuit dat het stellen van grenzen met de zich steeds verder ontwikkelende jurisprudentie mogelijk zal zijn.

De voorgestelde oplossing uit paragraaf 4.1 van dit preadvies verschilt van het genoemde VAR preadvies-voorstel van Blomberg, dat er vanuit gaat dat de begrippen punitief en *criminal charge* juist verder uit elkaar worden getrokken. ‘Lichte’ bestuurlijke sancties kunnen dan punitief heten, zonder dat zij tevens als *criminal charge* worden aangemerkt. Zij kunnen zo wel – zo is de gedachte – aan een ‘volle’ rechterlijke toets inzake de evenredigheid van de hoogte van de sanctie worden onderworpen, zonder dat met de waarborgen uit met name artikel 6 lid 2 en lid 3 EVRM rekening hoeft te worden gehouden. Ik acht het echter zuiverder om bepaalde ‘lichte’ bestuurlijke sancties die van de *criminal charge*-bescherming van artikel 6 EVRM uit worden gesloten ook niet punitief te noemen. Dit betekent niet dat er helemaal geen rechtsbescherming meer bestaat wanneer een dergelijke sanctie wordt opgelegd. Zo zal er ‘gewoon’ een marginale evenredigheidstoets dienen te worden uitgevoerd door de rechter en vallen de lichte bestuurlijke sancties via de noemer *civil rights and obligations* onder de bescherming van artikel 6 lid 1 EVRM, zoals deze nu ten aanzien van die sancties die een inbreuk vormen op die *civil rights and obligations* wordt geboden.

Over de uitwerking van de in paragraaf 4.2 behandelde vraag – of ten aanzien van ingrijpende reparatoire bestuurlijke sancties meer rechtsbescherming moet worden geboden – kan worden opgemerkt dat de waarborgen uit artikel 6 lid 2 en lid 3 EVRM buiten beeld zouden moeten blijven. Ik pleit er niet voor om naar hun aard reparatoire bestuurlijke sancties op basis van hun ingrijpendheid als *criminal charge* aan te

merken. De ingrijpendheid van een naar het oogmerk bekeken reparatoire sanctie kan mijns inziens wel nopen tot een rechterlijke volle evenredigheidsstoets en een strenge rechterlijke controle op de bewijsvoering van de overtreding en de motivering van het sanctiebesluit door het bestuur. In paragraaf 4.2 zijn twee mogelijke scenario's om daartoe te komen, behandeld. Een ingrijpendheidstoets door de nationale rechter, dan wel eenzelfde toets, maar dan uit te voeren door het EHRM. Daarbij heeft de weg via Straatsburg met de koppeling aan het begrip *civil rights and obligations* en een gedifferentieerde toepassing van de waarborgen in artikel 6 lid 1 EVRM – naarmate de ingrijpendheid van de bestuurlijke sanctie toeneemt – door het Hof mijn voorkeur. Zo wordt andermaal voorkomen dat de rechtsbescherming op nationaal niveau in negatieve zin afwijkt van de rechtsbescherming op Europees niveau. Net als invoering van een sanctiezwaarte-criterium zal ook de invoering van een ingrijpendheidstoets tot meer casuïstische rechtspraak kunnen leiden. Hoewel het ook nu lastig zal zijn in zijn algemeenheid regels op te stellen omtrent de ingrijpendheid van een sanctie vormt dat mijns inziens geen reden om dan maar helemaal af te zien van het opnemen van een dergelijke toets. Ik pleit ook niet voor een volledige op de subjectieve leest geschoeide ingrijpendheidstoets, want ook hier moet het mogelijk zijn de ingrijpendheid van bepaalde sancties van te voren in meer algemene zin in te schatten. De vraag is uiteraard wel of het Hof bereid zal zijn de waarborgen in artikel 6 lid 1 EVRM gedifferentieerd toe te passen. Bovendien vallen wel veel, maar nog steeds niet alle bestuurlijke procedures onder het begrip *civil rights and obligations*,¹⁵⁰ wat wel een vereiste is om bijvoorbeeld de procedure met betrekking tot de intrekking van een verblijfsvergunning op basis van mijn voorstel met meer rechterlijke waarborgen te kunnen omkleeden. Hoewel niet het centrale thema van dit preadvies, hecht ik er waarde aan op deze plaats te benadrukken dat de uitsluiting van bepaalde bestuursrechtelijke geschillen van de bescherming van artikel 6 EVRM een anomalie is en zou moeten worden opgeheven. Dit betekent dat het vreemdelingenrecht, het ambtenarenrecht en het fiscale recht volledig onder het bereik van artikel 6 EVRM moeten gaan vallen. Dit sluit ook aan bij de in het kader van de in dit preadvies voorgestelde gedachte dat meer aandacht zou moeten worden besteed aan de ingrijpendheid van bestuurlijke sancties bij het bepalen van het vereiste rechtsbeschermingsniveau.

Hier zij tot slot nog opgemerkt dat de bestuurlijke sanctie die wegens het ontbreken van een bepaalde mate van ingrijpendheid niet als *criminal charge* wordt aangemerkt, ook niet onder het 'verzwaaarde' regime van artikel 6 lid 1 EVRM dient te vallen. Dat zou immers alleen moeten gelden in zaken waarin sprake is van een zware inbreuk op de aan de orde zijnde belangen. Een lichte bestuurlijke boete kan wel worden aangemerkt als een inbreuk op iemands *civil rights and obligations*, maar zal onder het 'normale' – nu in gevallen van *civil rights and obligations* geldende – niveau aan rechtsbescherming op basis van het eerste lid van artikel 6 EVRM vallen.

150. Naast de vreemdelingrechtelijke procedure zijn ook geschillen inzake de rechtspositie van ambtenaren (die typisch publiekrechtelijke taken vervullen); politieke rechten als het kiesrecht en geschillen inzake de reguliere belastingheffing van de bescherming van art. 6 EVRM uitgesloten: Jansen 2004, p. 10 en Barkhuysen, Van Emmerik & Loof 2000, p. 384. Zie hieromtrent kritisch: P. van Dijk, De toegang tot de rechter – een Straatsburgse springprocessie, NJCM-Bulletin 2003, p. 945-961.

Een schematische weergave van de voorstellen in paragraaf 3.1.1, 4.1 en 4.2 leidt tot het volgende overzicht:

Soort bestuurlijke sanctie (begrippen conform voorstel hfdst. 3)	Niveau van rechtsbescherming
bestuurlijke sanctie zonder ingrijpend karakter	artikel 6 lid 1 EVRM <i>civil rights and obligations</i>
niet- <i>criminal charge</i> met ingrijpend karakter	artikel 6 lid 1 EVRM <i>civil rights and obligations</i> 'plus' (volle toetsing evenredigheid, strengere eisen feitenvaststelling en bewijsvoering)
<i>criminal charge</i> (dus met voldoende ingrijpend karakter)	artikel 6 lid 1, 2 en 3 EVRM <i>criminal charge</i>

5 Conclusie

In dit preadvies heeft de bestuurlijke punitieve sanctie centraal gestaan. In hoofdstuk 2 is eerst ingegaan op de historie en opkomst van de bestuurlijke punitieve sanctie. De ontwikkeling van het bestuurlijke sanctierecht schrijdt nog steeds voort. Door middel van de vierde tranche Awb zal dit nu zeer verspreide rechtsgebied op procedureel gebied enigszins worden geüniformeerd. Nieuwe wetgeving ter invoering van met name de bestuurlijke boete blijft komen. Opvallend is dat – onder invloed van de ontwikkelingen op het terrein van het bestuursrecht – met het wetsvoorstel OM-afdoening ook in het strafrecht de gedachte dat alleen de strafrechter kan straffen, wordt losgelaten. Opgemerkt zij dat anno 2005 echter ook de eerste onderzoeken verschijnen waarin voorzichtig wordt getwijfeld aan het praktisch nut van de bestuurlijke boete.¹⁵¹

Hoofdstuk 3 van onderhavig preadvies besteedde aandacht aan de problematiek van de vaststelling van het punitieve karakter van een bestuurlijke sanctie. Het oogmerk-criterium dat nu het voornaamste criterium lijkt te zijn om vast te stellen of een bestuurlijke sanctie punitief van aard is, heeft niet mijn voorkeur. In paragraaf 3.1.1 is het voorstel gedaan om voor de invulling van het begrip punitief aansluiting te zoeken bij de criteria van het EHRM inzake het begrip *criminal charge* ex artikel 6 EVRM. Dit voorkomt dat de begrippen punitief en *criminal charge* uiteen gaan lopen. Aansluiting door de nationale rechter bij de jurisprudentie van het Hof komt de rechtseenheid en rechtszekerheid ten goede. Belangrijk is voorts dat het EHRM rekening kan houden met de zwaarte van een sanctie wanneer het onderzoekt of de sanctie mogelijk *criminal* van aard is. Dit sanctiezwaarte-criterium vormt een belangrijk hulpmiddel bij de bestrijding van met name de in paragraaf 4.1 van dit preadvies besproken problematiek.

Gedoeld wordt op de vraag of de rechtsbescherming ten aanzien van lichte bestuurlijke punitieve sancties niet te ver is doorgeschoten. In onderhavig preadvies is met name aandacht besteed aan de vraag of de werking van artikel 6 lid 2 en lid 3 EVRM ten aanzien van dergelijke sancties dient te worden beperkt, en zo ja, hoe dit kan worden vorm gegeven. Wanneer men onder het begrip punitief verstaat: *criminal charge* en voor de invulling van het begrip punitief dus aansluiting zoekt bij de criteria van het EHRM inzake het *criminal charge*-begrip, dan kunnen ‘lichte’ bestuurlijke punitieve sancties door middel van het sanctiezwaarte-criterium worden uitgesloten van de werking van artikel 6 lid 2 en lid 3 EVRM. Het EHRM zou dan de weg die met de

151. Waarbij weer moet worden opgemerkt dat ook in het verleden, bijvoorbeeld door de commissie-Michiels in 1998, al werd gepleit voor enige terughoudendheid bij de invoering van de bestuurlijke boete, zie par. 2.1.2 van dit preadvies.

ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak Morel t. Frankrijk lijkt te zijn ingeslagen, moeten vervolgen. Op bestuurlijke sancties die op basis van hun niet ingrijpende karakter van het *criminal charge*-begrip worden uitgesloten, is wel de bescherming die artikel 6 lid 1 EVRM op 'civil rights and obligations-niveau' van toepassing waarmee wordt voorkomen dat het niveau van rechtsbescherming te minimaal wordt.

Artikel 6 lid 1 EVRM speelt ook een rol bij het bieden van mogelijkheden om ingrijpende, maar naar het doel gezien reparatoire bestuurlijke sancties een verdergaand niveau van rechtsbescherming te bieden. In paragraaf 4.2 is allereerst betoogd dat het niet wenselijk is naar het doel bekeken reparatoire sancties louter op basis van hun ingrijpendheid als *criminal charge* aan te merken. De gevolgen daarvan, namelijk de toepasselijkheid van artikel 6 lid 2 en lid 3 EVRM zijn noch noodzakelijk, noch wenselijk. Wel is betoogd dat de ingrijpendheid van die bestuurlijke sancties een reden kan zijn om de waarborgen uit artikel 6 lid 1 EVRM via de band van de *civil rights and obligations* en een gedifferentieerde toepassing in bovengaande richting bij te stellen. Op basis van een gelijkheidscriterium stel ik voor de rechtsbescherming ten aanzien van ingrijpende maar naar hun aard niet als *criminal charge* aan te merken bestuurlijke sancties omhoog bij te stellen.

Stellingen

1. Om te bepalen of een sanctie punitief van aard is, dient de Nederlandse bestuursrechter aansluiting te zoeken bij de criteria van het EHRM waarmee laatstgenoemde bepaalt of het opleggen van een bestuurlijke sanctie een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM vormt. Het begrip punitief dient aldus te worden voorbehouden als vertaling van het begrip *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM.
2. De ‘ingrijpendheid’ van een sanctie zou een grotere rol moeten spelen bij het bepalen van het vereiste niveau van rechtsbescherming ten aanzien van de desbetreffende sanctie.
3. ‘Lichte’ bestuurlijke punitieve sancties dienen te worden uitgesloten van de bescherming van artikel 6 lid 2 en lid 3 EVRM en komen alleen in aanmerking voor de basale *civil rights and obligations*-rechtsbescherming uit artikel 6 lid 1 EVRM. Het EHRM moet hiertoe de Morel-jurisprudentie verder uitbouwen.
4. Ten aanzien van ingrijpende bestuurlijke sancties, die niet als *criminal charge* kunnen worden aangemerkt, dient een hoger niveau van rechtsbescherming te gelden dan het basale zoals dat thans op grond van artikel 6 lid 1 EVRM *civil rights and obligations* vereist is, zonder echter dat de leden 2 en 3 van deze bepaling van toepassing worden. Het Hof moet daartoe een gedifferentieerde uitleg geven aan de rechtsbeschermingsvereisten op grond van artikel 6 lid 1 EVRM *civil rights and obligations*.
5. Het toepassingsregime van artikel 6 EVRM dient te worden verruimd. Alle bestuursrechtelijke procedures dienen onder de bescherming van artikel 6 EVRM (*civil rights and obligations*) te vallen. De Nederlandse wetgever en waar mogelijk de rechter zouden daarvan in ieder geval moeten uitgaan.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

Albers 2001

C.L.G.F.H. Albers, 'Etikettenschwindel' in het administratieve sanctierecht?, NJB 2001, p. 1157-1162.

Albers 2002

C.L.G.F.H. Albers, Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

Van Angeren 1971

J.A.M. van Angeren, De sanctionering van het administratieve recht, in: Geschriften VAR nr. LXVI, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1971, p. 1-37.

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht, in: De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht (VAR-reeks 132), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 7-113.

Barkhuysen, Van Emmerik & Loof 2000

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, Vijftig jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht, in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), 50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950-2000, speciaal nummer NJCM-Bulletin 2000, p. 327-408.

Belinfante 1957

A.D. Belinfante, Strafrechtelijke en administratiefrechtelijke sancties, in: De verhouding van administratieve sancties en straffen (geschriften VAR nr. XXXVI), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1957, p. 7-44.

Blomberg 2004

A.B. Blomberg, Handhaven binnen EVRM-grenzen, in: De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht (VAR-reeks 132), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 115-191.

Bröring 2005

H.E. Bröring, De bestuurlijke boete, Deventer: Kluwer 2005.

Cie. Kortmann 1994

Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten, Handhaving door bestuurlijke boeten: advies aan de minister van Justitie, Den Haag 1994.

- Cie. Korthals Altes 1995
Commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving, Het recht ten uitvoer gelegd, Den Haag 1995.
- Cie. Michiels 1998
Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, Handhaven op niveau, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.
- Corstens 1995
G.J.M. Corstens, Een stille revolutie in het strafrecht (rede KUN), Arnhem: Gouda Quint 1995.
- Corstens 2000
G.J.M. Corstens, Bestuurlijke boeten in de vierde tranche Awb, NJB 2000, p. 1185-1190.
- Duk 1988
W. Duk, Handhaving van het bestuursrecht, NTB 1988, p. 105-110.
- Van Duyne & Kwanten 2004
P.C. van Duyne & C.H.N. Kwanten, Handhaven: eerst kiezen, dan doen. Deelrapport V: Juridische grenzen en mogelijkheden, Den Haag: Ministerie van Justitie 2004.
- Van de Griend 2003
B.J. van de Griend, Het oogmerk als ijkpunt. Bestuurlijke sancties in bestuursrechtspraak en wetgevingsadvisering, Den Haag: Raad van State 2003.
- Hartmann 2004
A.R. Hartmann, Strafrechtelijke handhaving van de financiële wetgeving: houden of weggeven?, NJB 2004, p. 1068-1073.
- Hartmann 2005
A.R. Hartmann, Strafbeschikking en de bestuurlijke boete: wildgroei in de handhaving?, in: Justitiële verkenningen – Het straffende bestuur, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 84-96.
- Hartmann & Rogier 2004
A.R. Hartmann & L.J.J. Rogier, Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb, NJB 2004, p. 1877-1882.
- Hartmann & Van Russen Groen 1998
A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, Contouren van het bestuursstrafrecht (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998.
- Hazewindus 1994
W.G.A. Hazewindus, Administratieve sancties en vreemdelingenrecht (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1994.

Jansen 2000

O.J.D.M.L. Jansen, Punitief en evenredig? Jurisprudentiële ontwikkelingen bij punitieve sancties en het evenredigheidsbeginsel, JB-plus 2003, p. 38-49.

Jansen 2004

A.M.L. Jansen, Constitutionalisering van het bestuursprocesrecht (Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer: Kluwer 2004, p. 5-108.

Lawson & Schermers 1999

R.A. Lawson & H.G. Schermers, Leading cases of the European Court of Human Rights, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

Lenos 1998

E.E.V. Lenos, Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998.

Mevis 2004

P.A.M. Mevis, Strafbeschikking OM, WAHV en 'kleine ergernissen', DD 2004, p. 353-368.

Mulder 1957

A. Mulder, De verhouding van administratieve sancties en straffen, in: De verhouding van administratieve sancties en straffen (geschriften VAR nr. XXXVI), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1957, p. 45-85.

Oostenbrink 1967

J.J. Oostenbrink, Administratieve sancties (diss. Utrecht), Vuga 1967.

Verhey & Verheij 2005

L.M.F. Verhey & N. Verheij, De macht van de marktmeesters, in: Toezicht (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2005-1), Deventer: Kluwer 2005, p. 135-332.

Viering 1994

M.L.W.M. Viering, Het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Wattel 1995

P.J. Wattel, De reikwijdte van fundamentele rechten in belastingzaken, in: De reikwijdte van fundamentele rechten (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1995-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 177-221.

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005

H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag: Elsevier Juridisch 2005.